# BEITRAG ZUR FRAGE VON DER LÖSCHUNG DES WARENZEICHENS.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

**FRIEDRICH-ALEXANDERS-UNIVERSITÄT ZU ERLANGEN**

VORGELEGT VON

RUDOLF REEBER

AUS SPEYER

RECHTSPRAKTIKANT AM K. BEZIRKSAMT ZU KAISERSLAUTERN.

APPROBIERT AM 11. DEZEMBER 1911.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

SPEYER

DR. JÄGER'SCHE BUCHDRUCKEREI

1912.

213

Referent: **Professor Dr. Allfeld.**

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit

zugeeignet.

# Literaturverzeichnis.


**Allfeld,** Kommentar zum Gesetze zum Schutz der Warenbezeichnungen (1904).
**Biberfeld,** in Gruchots Beiträgen.
**Bekker,** Pandekten (1886).
**Bolze,** Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
**Cosack,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (1900).
**Crome,** System des deutschen bürgerlichen Rechts (1902).
**Damme,** in der deutschen Juristenzeitung.
**Dernburg,** Pandekten (1897).
— Bürgerliches Recht etc. herausgegeben von Kohler.
**Endemann,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (1899).
**Finger,** Das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. V. 1894 (1906).
**Gierke,** Deutsches Privatrecht (1905).
**Goldschmidts** Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
**Hachenburg,** Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich (1900).
**Hellwig,** Anspruch und Klagrecht (1900).
**Henle-Fischer,** Kommentar zum BGB.
**Heusler,** Institutionen des deutschen Privatrechts (1885).
**Kent,** Das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. V. 1894 (1897).
**Kohler,** Das Recht des Markenschutzes (1884).
— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (1906).
**Kuhlenbeck,** Von den Pandekten zum BGB.
**Landgraf,** Das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. V. 1894 (1897).
**Lehmann,** Lehrbuch des Handelsrechts (1908).
**Löbker,** Der Markenschutz nach dem Reichsgesetz vom 30. XI. 74, in Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht von Hauser Bd. 4 (1879) S. 129 ff.
**Loubier,** im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht.
**Méneau,** Idées nouvelles sur les marques de fabrique et de commerce (1879).
**Meves,** Schutz der Warenbezeichnungen (1894), zit. Meves II.
— Reichsgesetz über den Markenschutz (1877), zit. Meves I.
**Mittler,** Illoyale Konkurrenz und Markenschutz (1897).
**Oertmann,** Kommentar zum BGB. Schuldverhältnisse (1910).
**Osterrieth,** Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes (1908).

**Planck,** Das bürgerliche Gesetzbuch (1906).
**Püttgen,** Gehören das Firmenrecht und das Warenzeichenrecht zu den vererblichen Vermögensrechten? etc, Diss. (1906).
**Rhenius,** Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen (1897).
**Savigny,** System des heutigen römischen Rechts (1840).
**Schanze,** im sächsischen Archiv für bürgerliches Recht.
**Schmid Paul,** Das Warenzeichenrecht (1899).
**Schuloff,** Das neue österr. Gesetz über den Markenschutz (1890).
**Seligsohn,** Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen (1905).
**Staudinger,** Kommentar zum BGB. (1906).
**Stenglein,** Die strafrechtlichen Nebengesetze des deutschen Reichs (1901).
**Stockheim,** Das deutsche Reichsgesetz über den Markenschutz vom 30. XI. 74 (1875).
**Entscheidungen** des Reichsgerichts in Zivil- und Strafsachen. zit. RG., RStr.
— des Reichsoberhandelsgerichts.
— der Oberlandesgerichte.
**Blatt** für Patent-, Muster- und Zeichenwesen, zit. Bl.
**Zeitschrift** für Industrieschutz.
**Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht,** Zeitschrift.
**Unlauterer Wettbewerb,** Monatsschrift für gewerbl. Rechtsschutz.
**Juristische Wochenschrift.**
**Deutsche Juristenzeitung.**
**Motive** und **Kommissionsberichte** des Gesetzes.

# Inhaltsverzeichnis.

Seite

**Einleitung:**

Rechtliche Natur und Begriff des Warenzeichenrechts 1

**Hauptteil:**

Von der Löschung des Warenzeichens:

**1. Kapitel:**

Rechtliche Natur der Löschung des Warenzeichens . . 8

**2. Kapitel:**

Die einzelnen Löschungsgründe:

a) im allgemeinen . . . . . 18

b) Die Gründe des § 9 des Gesetzes . . . . . 19

**3. Kapitel:**

Die Löschungsklage:

a) rechtliche Natur . . . . . 47

b) sonstige prozessuale Fragen . . . . . 50

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543506_0050

# Einleitung.

## Rechtliche Natur und Begriff des Warenzeichenrechts.

I.

Die letzten Jahrzehnte haben auf allen Gebieten des gewerblichen Lebens derartig große und umwälzende Fortschritte gebracht, daß der Gesetzgebung die zwingende Notwendigkeit erwuchs im öffentlichen und privaten Interesse mit neuen Gesetzen der neuen, modernen Zeit Rechnung zu tragen. Zu diesen Gesetzen gehört das Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894, das an die Stelle des verbesserungsbedürftigen Markenschutzgesetzes vom 30. November 1874 getreten ist. In den neuen Gesetzen ruht neues Recht. Die neuen Rechtsanschauungen stehen der Wissenschaft zur Beurteilung. Diese Rechtsanschauungen bringen eine Fülle neuer Gesichtspunkte, die dem bisherigen Rechtsbewußtsein fremd waren, und so ist es nicht zu verwundern, daß bei der Behandlung der Natur des Rechtes am Warenzeichen eine seltene Vielgestaltigkeit zu Tage tritt. Im gewöhnlichen Sprachgebrauch, aus dem jedoch rechtliche Folgerungen nicht gezogen werden dürfen, wird das Recht am Warenzeichen häufig als Eigentum, als gewerbliches Eigentum bezeichnet.[1]) Es ist dies aber nur eine Bezeichnung des Verkehrs, die auf das Wesen des Rechts nicht eingeht und auch nicht eingehen will. Mit

1) cf Kent S. 13.

dem rechtlichen Begriffe Eigentum[2]) operierte aber tatsächlich die frühere Rechtssprechung in Italien und den Vereinigten Staaten, auch die Wissenschaft in Frankreich, und entsprechende Folgerungen daraus sind zu finden.[3]) Abgesehen von dieser Theorie, die in Deutschland keinen ernsthaften Vertreter gefunden hat, und der Theorie Mandry's,[4]) der im Warenzeichenrecht ein absolutes Verbietungsrecht nicht dinglichen Charakters sieht, lassen sich bei den wissenschaftlichen Konstruktionen dieses Rechts im wesentlichen zwei Gruppen unterscheiden, von denen ich die eine die individualistische, die andere die vermögensrechtliche, moderne nennen möchte.

1. Zur individualistischen Gruppe rechne ich alle die Theorien, die im Warenzeichenrecht ein reines Persönlichkeitsrecht[5]) sehen, und damit, begrifflich wenigstens, demselben freie Verkehrsfähigkeit absprechen, wenn auch das begrifflich meiner Ansicht nach unbedingt zu fordernde Moment der Unübertragbarkeit von fast allen Anhängern dieser Theorie — nur Kohler ausgenommen — nicht erkannt wird.

Diese Gruppe enthält die verschiedensten Richtungen, die den Begriff des Persönlichkeits- oder Individualrechts mehr oder minder weit auffassen, indem sie teils einfaches teils potenziertes Individualrecht[6]) konstruieren, teils dem Rechte vermögensrechtlichen Inhalt überhaupt ganz oder teilweise absprechen oder den vermögensrechtlichen Inhalt nicht als Beweis

---

2) Dagegen namentlich Bundes O H G 29. 11. 1870 Goldschm. Zschft. XVI 502, Méneau pag. 9 cf. Kohler Markenschutz S. 78 ff.

3) Zum Beispiel die in der franz. Literatur vertretene Anschauung der freien Übertragbarkeit des Markenrechts.

4) S. 574 ff ebenso Osterrieth S. 323: „Das Recht ist eine Ausstrahlung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; es ist ein reines Verbietungsrecht."

5) Die Bezeichnung Kohlers: „Individualrecht" ist begrifflich dasselbe. Hauptvertreter sind Kohler und Gierke.
Die Theorie wird weiter vertreten von Allfeld S. 27, Kent S. 13, Paul Schmid etc. nam. auch vom Patentamt: cf. Bl. VI 373, VII 32.
cf. R G III 76 f, XXIV 81, LXIV 398.
cf. auch Kohler in Dernburg: bürgerl. R. VI. 302 ff.

6) Kohler a. a. O. S. 88: „Das Markenrecht ist nichts anderes als ein durch staatliche Regulative gefestigtes, gesichertes und gesteigertes Individualrecht," „Comperativ des puren Individualrechts". Loubier im gewerbl. Rsch. u. U. geht soweit, daß er jede Marke als einen individuellen Bestandteil des Wesens des dieselbe führenden Gewerbetreibenden auffaßt.

gegen die Individualrechtsqualität anerkennen.[7]) Auch fehlt es nicht an Versuchen das Warenzeichenrecht als Erfinderrecht[8]) oder eine Art Erfinderrecht zu konstruieren.

2. Die vermögensrechtliche Gruppe dagegen trägt den modernen Gedanken in dem Gesetze mehr Rechnung und faßt das Warenzeichenrecht als ein der modernen Entwicklung eigenartiges Vermögensrecht,[9]) dessen rechtliche Natur durchaus selbständig und nicht aus bekannten Rechtsformen zu entwickeln ist. Im einzelnen wird das Recht bezeichnet als: „Vermögensrecht",[10]) „Immaterialgüterrecht",[11]) „als eigentumsähnliches oder dem Eigentum nahe verwandtes Sonderrecht"[12]) als „jus sui generis" u. s. w. und als Folgerung die Verkehrsfähigkeit anerkannt.

Meines Ermessens ist der Auffassung der modernen d. i. der vermögensrechtlichen Gruppe beizupflichten. Das Recht am Warenzeichen ist ein reines Vermögensrecht. Wie dieses Vermögensrecht weiter zu konstruieren ist, bleibt nur noch eine Frage zweiten Ranges, deren weitere Untersuchung den Rahmen dieser Abhandlung überschreiten würde.

## II.

Um den Streit um den Begriff des Persönlichkeitsrechtes nicht zum Streit um das Wort werden zu lassen, sei zunächst folgendes festgestellt: Es ist, wie Gierke darlegt,[13]) zu unterscheiden zwischen dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit

---

7) Gierke (S. 726 ff.) Deutsches Priv. R. I § 81: „Die Individualrechte sind als solche keine Vermögensrechte, sie können jedoch einen vermögensrechtlichen Inhalt aus sich entfalten oder in sich aufnehmen; ihr vermögensrechtlicher Inhalt kann bis zu einem gewissen Grade verselbständigt werden; manche Persönlichkeitsrechte sind somit zugleich Vermögensrechte, Immaterialgüterrechte"; cf. dazu die ganz entgegengesetzte Theorie Heuslers (Inst. I 330 und 336 ff) von den „Rechtsamen."

8) Braun S. 66 f, Stobbe deu Priv. R. III 51. Kohler allerdings trennt das Erfinderrecht als selbständiges Recht vermögensrechtlichen Inhalts vom Persönlichkeitsrechte ab; cf. R G 51, 266.

9) Als Vermögensrechte fasse ich alle Rechte von wirtschaftlichem Werte, vermittels deren der Berechtigte wirtschaftlich etwas vermag, oder da heute jeder Wert in Geld ausgedrückt werden kann, alle Rechte auf geldwerte Güter.

cf. Gierke I 277, Dernburg Pand I 49 u. bürgerl. R. I 50, Winscheid Pand. I 150. Püttgen Diss. 1906 S. 9.

10) Seligsohn S. 14 ff: Vermögensrecht, das aus dem Rechte der Persönlichkeit fließt.

11) Finger S. 27. Planck BGB I S. 51, Lehmann HR 169.

12) Méneau S. 9, Schmitz im „unlauteren Wettbewerb I 88, Bekker Pand I § 25 Beil IV: „Quasivermögensrecht."

13) Deu Priv. R. I S. 702 ff. § 81.

und Persönlichkeitsrechten. Ersteres ist „der von dem Rechte gewährleistete allgemeine Anspruch als Person zu gelten;“ es ist „das einheitliche subjektive Grundrecht, das alle besonderen subjektiven Rechte fundamentiert und in sie alle hineinreicht.“ „Inwieweit aber aus ihm besondere Rechte herauswachsen, oder in ihm der Stoff zu solchen Rechten unausgeschieden stecken bleibt, darüber entscheidet die rechtsgeschichtliche Entwicklung.“ Die Grenzen zwischen beiden sind häufig sehr schwer zu ziehen. Deshalb muß aber der Begriff des Persönlichkeitsrechtes fest und bestimmt geprägt werden durch Fixierung der Eigenschaften, die diesem Rechte unbedingt anhaften müssen. Die Definition Gierkes, nach dem die Persönlichkeitsrechte „solche Rechte sind, die ihrem Subjekte die Herrschaft über einen Bestandteil der eigenen Persönlichkeitssphäre gewährleisten,“ ist im Prinzip anzunehmen. Nur müssen daraus die richtigen Konsequenzen gezogen werden und man darf nicht so weitherzig verfahren, wie Gierke es im weiteren tut, indem er unter die Kategorie der Persönlichkeitsrechte eine Menge von Rechten bringt, die keinenfalls dazu gezählt werden können.

Persönlichkeit ist ein abstrakter Begriff, der das Wesen einer Person in allen ihren Beziehungen bezeichnet. Jede Person hat ihre eigentümliche Persönlichkeit, die mit ihr entsteht und untergeht und sich von der Persönlichkeit anderer wesentlich unterscheidet. Der Entfaltung und dem Schutze dieser Persönlichkeit dienen die Persönlichkeitsrechte, deren Haupteigenschaft daher die absolute Unübertragbarkeit ist. Diese Haupteigenschaft ist von jedem Persönlichkeitsrechte vor allem zu fordern. Und allen Rechten, die diese nicht besitzen, ist die Qualifikation als Persönlichkeitsrecht abzusprechen. Die persönlichen Elemente, die solchen Rechten in größerem oder geringerem Umfange anhaften, sind eben dann als Ausfluss des oben erwähnten allgemeinen Rechtes der Persönlichkeit zu erklären.[14])

---

14) Ähnlich Seligsohn s. Anm. 9. oben

Die namentlich von Gierke betätigte Scheidung in persönliche und höchstpersönliche Persönlichkeitsrechte, wobei nur letzteren absolute Unübertragbarkeit zukommen soll, ist nicht zu billigen.

Die meisten Anhänger der Individualrechtstheorie geben dem WZ Recht keinen höchstpersönlichen Charakter. cf. dazu Kent S. 145.

cf. die verschiedenen Unterscheidungen bei Dernburg Pand. I § 22 Anm. 7.

Ich selbst fasse als Persönlichkeitsrechte in der Hauptsache auf das Recht am bürgerlichen Namen, die Rechte auf körperliche Integrität, Gesundheit, Freiheit[15]) u. s. w., während ich alle Rechte, die übertragbar sind, zu den Vermögensrechten zähle; das Recht am Warenzeichen aber ist prinzipiell übertragbar, wenn auch Kohler das Wort „Übertragbarkeit" geistreich durch den neuen Begriff „des Aufgehens der Persönlichkeit" ersetzt. —

Die individualistische Theorie stellt schon von vornherein einen falschen Grundsatz auf, nämlich den, „daß die Marke von Firma und Name nicht als etwas besonderes zu scheiden sei."[16]) Es wird dabei für den Namen das Kriterium der Unübertragbarkeit aufgestellt und auf Grund dessen die Übertragbarkeit von Firma und Warenzeichen als Ausnahme konstruiert.

---

15) Die Frage, ob überhaupt ein Recht am eigenen Körper u. s. w. anzunehmen ist, ist namentlich auf grund des Wortlauts und der Entstehungsgeschichte des § 823 BGB äußerst umstritten. Es geht zwar der Standpunkt Kohlers zu weit, wenn er meint, es komme garnicht darauf an, ob bei der Auslegung des § 823 BGB die Worte „oder ein sonstiges Recht" nur auf das unmittelbar vorangehende „Eigentum" oder auch auf die aufgeführten „Lebensgüter" zu beziehen seien, da die Gelehrten etwas anderes seien als bloße Gesetzesausleger. Aber es kann aus der Entstehungsgeschichte des § 823 das Vorhandensein eines Rechtes am Körper etc. gefolgert werden, und aus dem Gange der Verhandlungen ergibt sich, daß man es immer nur für zweifelhaft hielt, ob derartige Rechte bestehen, keineswegs aber ihre Existenz rundweg ablehnte. Die Darlegungen Staudingers über diesen Punkt sind denjenigen Plancks gegenüber absolut nicht so schroff von der Hand zu weisen, wie es teilweise geschieht. Außerdem wäre die Frage nicht allein auf Grund des BGB zu lösen; das Strafgesetzbuch namentlich bringt zur Entscheidung eine Reihe wichtiger Anhaltspunkte. Übrigens lassen sich diese Fragen mit strickter Bestimmtheit natürlich nicht beweisen, wie man die Richtigkeit einer rechnerischen Operation beweist, sondern sie sind als Grundlage der ganzen persönlichen Rechtsauffassung mehr Sache des juristischen Glaubensbekenntnisses.

cf. zu dieser Frage namentl. Staudinger Komm. zum BGB § 823 II A. und Planck Komm. zum BGB § 823 I S. 57.

Die Frage wird bejaht von:

Staudinger a. a. O., Kohler BGB II 515 Note 1, Dernburg bürgerl. R II § 383 S. 613 Henle-Fischer § 823 Note 8, Kuhlenbeck: von den Pand z. BGB II S. 357 f. Hachenburg Vorträge S. 153 f u. a. m.

verneint von:

Planck Komm. z. BGB zu § 823. Endemann I § 200 Note 28, Cosack I § 163 I 1c, Crome: Syst. des bürgerl. R. II § 325, Enneccerus I 67f u. a. m.

zweifelhaft bleibt:

Oertmann Komm. zum BGB II 556.

Gegen den Begriff des Persönlichkeitsrechts überhaupt Savigny: Syst. d. heut. röm. R. I § 53,

16) Kohler, Markenschutz S. 21 Note 1.

Zum mindesten ist es nun doch recht bedenklich gerade eine Haupteigenschaft des Warenzeichens, das nach dem Gesetze doch übertragbar ist im Gegensatz zur Eigentumsmarke, welche allerdings sich vom Namen nicht unterscheidet, als Ausnahme vom Prinzip hinzustellen. Es widerspricht diese Auffassung auch vollkommen der geschichtlichen Entwicklung:

Das typische Bezeichnungsmittel ist der bürgerliche Name oder die Firma; wenn nun neben den beiden als Bezeichnung noch weiter bildliche oder wörtliche Darstellungen gewählt und vom Gesetzgeber geschützt wurden, so geschah dies nicht allein aus dem Grunde, weil derartige Zeichen sich infolge ihrer größeren Einprägungsfähigkeit leichter einbürgern, sondern hauptsächlich wohl deshalb, weil der Name unabtrennbar an der Person haftet, während der Wechsel des modernen Verkehrs mit diesem unbeweglichen Bezeichnungsmittel nichts anzufangen wußte, sondern eine Bezeichnungsart forderte, die nicht als Pertinenz einer Person verkehrsunfähig ist, vielmehr als Pertinenz eines Betriebes von der Person sich abzulösen vermag. Durch Gesetz von 1874 wurde das Warenzeichen mit der Firma verbunden, deren Schicksal es teilte. Das Gesetz von 1894 geht noch einen Schritt weiter und verlangt statt der Firma lediglich einen Geschäftsbetrieb.[17]) Die Tendenz, dem Warenzeichen weitergehende Verwendbarkeit und größere Beweglichkeit zu geben liegt auf der Hand.[18])

Die Verwendung des Namens als Warenzeichen ist lediglich eine Art der Ausübung des Namenrechts. Das Recht am Warenzeichen ist eine selbständig neben dem Namenrecht stehende Rechtsform, die sich von diesem wesentlich unterscheidet. Das Warenzeichenrecht ist ein jus sui generis, ein Sonderrecht vermögensrechtlichen Inhalts.

III.

Das Warenzeichenrecht ist nach den Bestimmungen des Gesetzes zu definieren als ein absolutes Herrschaftsrecht positiven

---

17) Ganz gleichgültig, ob der Inhaber ein Kaufmann ist oder nicht; insbesondere kann auch die Landwirtschaft Marken erlangen. Kohler in Dernburg Bürgerl. R. VI 310.

18) Vergleiche zur ganzen Frage nam. Gierke: deu Priv. R. I § 81 S. 702 u. die dort angeführte Literatur über die geschichtliche Entwicklung der Marke. Über die ersten Fälle der Markenübertragung vergleiche die bei Stobbe 2. Aufl. III S. 54 Anm. 20 abgedruckte Nürnberger Urkunde v. 1515.

und negativen Inhalts; positiv, weil es dem Zeicheninhaber die aus der Eintragung hervorgehenden Befugnisse des § 12 des Gesetzes gibt, negativ, weil es daneben das Recht verleiht, andere durch die geeigneten Mittel von jeder Einwirkung auszuschließen.

Das Recht steht dem Inhaber des Geschäftsbetriebes zu, für den es erworben ist, und es ist abhängig von der Erzeugung oder dem Umsatz der Warenarten, die der Eintragungsvermerk benennt.

# Hauptteil.

## Von der Löschung des Warenzeichens.

### 1. Kapitel.

### Rechtliche Natur der Löschung.

I.

Die Löschung des Warenzeichens ist, formell betrachtet, die Tilgung eines Eintragungsvermerkes. Man unterscheidet eine vollständige und eine nur teilweise Löschung, teilweise nicht in dem Sinne, daß beim Zeichen selbst einzelne Bestandteile gestrichen werden könnten — dies wird fast allgemein sogar für Collektivzeichen verneint, — sondern nur insofern als einzelne Warenarten, auf die sich der Zeicheneintrag erstreckt, in Wegfall gebracht werden können.[1])

Ob und welche materiellen Wirkungen die Löschung mit sich bringt, ist im Folgenden zu untersuchen.

II.

Die Löschung des Warenzeichens ist nicht ein contrarius actus der infolge der Anmeldung erfolgten Eintragung in dem Sinne, daß es ein dazu konformer Rechtstatbestand wäre mit analog entgegengesetzter Wirkung.

Wenn ja auch nach heutigem Rechte das Entstehen des Zeichenrechts bedingt ist durch Anmeldung und Eintragung,[2])

1) cf. Kent 172, Kohler a. a. O. 325, 346, Stenglein § 5 No. 2, Meves § 5 No. 2, Allfeld § 8 No. 2a, Seligsohn § 8 No. 1. Anderer Ansicht bezügl. der Collektivzeichen Stenglein § 5 No. 2.

cf. Dernburg Kohler: das bürgerl. R. VI 317.

2) Konstitutive Natur der Eintragg im Gegensatz zum Gesetze von 1874; allerdings nahm auch für letzteres Gesetz Kohler eine lösende Fähigkeit der Eintragung" an,

die Eintragung also zur „Perfektion“[3]) des Rechts unbedingt erforderlich ist, so darf man, um zur richtigen Beurteilung der Eintragung allein zu gelangen, doch nicht die Gründe außer Acht lassen, die der Eintragung diese „lösende Fähigkeit“[3]) der Anmeldung gegenüber geben. Die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit ist es, die nicht zulassen kann, daß der Willensakt einer Person allein genügt, um ein gegen jeden Dritten verfolgbares Recht von dieser Tragweite zu schaffen. Und diese Erwägung hat im Gesetze von 1894 eine Abweichung von der Stellung des Markenschutzgesetzes gebracht. Die Anmeldung allein hat jetzt nur noch die Bedeutung, daß sie dem Anmeldenden die Priorität wahrt und ihm einen Anspruch gegenüber dem Patentamt begründet, daß sein angemeldetes Zeichen, sofern es alle geforderten Voraussetzungen erfüllt, eingetragen und dadurch die Entstehung eines Rechtes für ihn dokumentiert werde.[4]) Die Anmeldung allein ist also eine bloße Etappe zum Zeichenrechtserwerb.

Der Eintragung entsprechend scheint auf der anderen Seite die Löschung zu sein. Beide sind formelle Akte, die zum Zeichenrechte selbst in irgend einer Beziehung stehen und es liegt nahe, diese Beziehungen eben als analog entgegengesetzte zu fassen. Dem ist aber nicht so, sondern die Eintragung ist konstitutiv für das Recht, ohne sie kann ein Recht überhaupt nicht entstehen; die Löschung dagegen ist nur deklaratorisch, sie zeigt nur registrierend an, daß ein Recht überhaupt nicht entstanden war, oder doch bereits wieder untergegangen ist.

Auf entgegengesetztem Standpunkte stehen die meisten[5]) und zwar hauptsächlich auf Grund des § 12 Absatz 1. u. 2 des Gesetzes:

3) Ausdruck Kohlers.

4) cf. Osterrieth S. 318 f.

5) Kent meint S. 174: Es ist zwar im Gesetze nichts bestimmt, doch ergibt es sich aus dem Begriff: das Recht erlischt mit der Löschung; ebenso Meves II 105, Schanze im gew. Rschutz. II 172 f.

Allfeld 567: „Der Geltendmachung des Rechts kann nicht ein Erlöschungsgrund entgegengesetzt werden, die Löschung hat jedenfalls mehr als deklaratorische Kraft“; ähnlich

Seligsohn S. 160, 161: „aus dem Absatz 2 des § 12 geht hervor, daß das Zeichenrecht nicht bis zu der Löschung fortdauert, sondern daß es materiell

§ 12 Abs. 1 lautet: „Die Eintragung eines Warenzeichens hat die Wirkung, daß dem Eingetragenen ausschließlich das Recht zusteht, Waren der angemeldeten Art oder deren Verpackung oder Umhüllung mit dem Warenzeichen zu versehen, die so bezeichneten Waren in Verkehr zu setzen sowie auf Ankündigungen etc. das Zeichen anzubringen.“ Die maßgebenden Worte dieses Absatzes werden nun in doppelter Weise falsch gedeutet: einmal zur Bildung eines absolut unpassenden Begriffes vom „formalisierten Warenzeichenrecht“ und sodann zur irrigen Erklärung der Bedeutung der Löschung.

1. In erster Beziehung ist zu bemerken: Der Begriff des formalisierten Warenzeichenrechts ist zu erläutern aus dem ihn schaffenden Begriff des materiellen Warenzeichenrechts nach dem französischen System und aus der abweichenden Bedeutung der Anmeldung nach dem Gesetze von 1874. Darnach bedeutet hier der Formalismus, daß das Zeichenrecht nicht durch den bloßen Gebrauch, mag derselbe auch ein ausschließlicher und im Verkehr anerkannter sein, oder schon durch die Anmeldung

---

sein Ende bereits mit dem Zeitpunkte gefunden hat, in dem zuerst ein Rechtsgrund für die Löschung vorlag. Die formale Kraft der Eintragung bringt es aber mit sich, daß die Löschung weder eine bloß beurkundende noch eine bloß rechtszerstörende Wirkung hat.“

Finger S. 258: „Die Löschung bewirkt das Erlöschen des Rechts, die Löschung ist rechtszerstörend. Die Wirkung der Löschung trifft aber nicht stets mit der Löschung zeitlich zusammen infolge der positiven Bestimmung des § 12 II“; cf. Rhenius 95, Osterrieth 349, 350: die Löschung wirkt rechtsvernichtend. cf. auch denselb. S. 322 und S. 358: „Die Frage, ob der Gebrauch des gelöschten Zeichens durch den bisherigen Zeicheninhaber berechtigt war oder nicht, hat mit der Frage der Löschg u. ihrer Wirkung nichts zu tun“ cf. Bl. $2^{370}$, $5^{152}$, $13^{122}$.

Kohler in Dernburg bürgerl. R. im Gegensatz zu seiner Stellungnahme beim Gesetz v. 1874: „nur bei Verstoß gegen die öffentliche Ordnung ist die Marke trotz erfolgter Eintragung nichtig; wenn aber die Marke lediglich gegen das Recht eines bestimmten Dritten verstößt, so ist der Markenträger nur verpflichtet die Löschung zu gestatten, die Marke besteht bis zur Löschung weiter“.

So stehen die meisten zum wenigsten nicht auf dem Standpunkt, daß die Löschung rein deklaratorisch ist.

cf. dazu Bl. I 36, III 265. IV 265; die Motive (S. 16) sprechen vom Moment des Eintritts eines Löschungsgrundes als von dem Zeitpunkt, in welchem im Falle der Löschung das Recht als beseitigt gelten solle.

Es liegt kein Grund vor, daß die Löschung unter allen Umständen der Eintragg analog zu behandeln sei, wie Allfeld S. 567 meint.

Zwischen konstitutiver und deklaratorischer Kraft noch ein Mittelding zu schaffen, wie Allfeld u. Seligsohn es tun, erscheint mir rechtlich nicht einwandfrei.

Richtige Ansicht bei Paul Schmid S. 84.

allein wie im Gesetze von 1874 entsteht, sondern erst durch die Eintragung. Damit ist aber noch lange nicht gesagt, daß die Tatsache der Eintragung allein zum Entstehen des Rechtes genügt; erforderlich ist vielmehr, daß die Eintragung durch die materiellen Unterlagen unterstützt ist, daß dem eingetragenen Zeichen alle die Eigenschaften anhaften, die es zur Eintragung fähig machen. Zur Prüfung, ob diese Befähigung vorliegt, ist das Patentamt verpflichtet, bevor es die Eintragung vornimmt. Es ist dies eine Präventivmaßregel, die verhüten soll, daß Zeichen eingetragen werden, die objektiv unfähig zur Eintragung sind, und deren Eintragung deshalb ein materielles Recht zu begründen nicht imstande ist.

Der Begriff des formalisierten Warenzeichenrechts bedeutet also nur, daß zum Rechtserwerb die Eintragung unbedingt nötig ist, keineswegs aber, daß eine Eintragung unbedingt die Entstehung eines Rechtes mit sich bringt. Durch Eintragung eines unfähigen Zeichens, die also keine vollgültige Eintragung ist, wird ein Recht nicht erworben.[6])

Diese Feststellung ist für die Frage nach der rechtlichen Natur der Löschung insofern von großer Bedeutung, als dadurch für eine Reihe von Fällen wenigstens dargetan ist, daß die Löschung eines Zeichens für das Vorhandensein eines Rechtes belanglos ist.

2. Bezüglich der irrigen Erklärung der Löschung ist zu sagen: diese wird dadurch hervorgerufen, daß das Wort „Eintragung“ in § 12 Absatz 1 falsch aufgefaßt wird. „Eintragung“ bezeichnet nur die Eintragungstätigkeit, nicht auch den Eintragszustand. Eintragung und Eintrag sind zweierlei. Im ganzen Gesetze kommt denn auch das Wort „Eintragung“ nur in der Bedeutung der Eintragungstätigkeit vor, und es ist absolut keine Veranlassung gegeben bewußt oder unbewußt in diesem einzigen Paragraphen dem Worte einen weiteren Sinn zu unterschieben. Hätte der Gesetzgeber einen anderen Standpunkt bezüglich der Löschung einnehmen wollen, wie im Gesetze von 1874, so hätte er diesen theoretisch doch bedeutenden

6) nam. Finger 205: „Die Eintragg gewährt das Recht jederzeit“; weniger bestimmt Kent 240: „jede Eintragung hat Wirkung,“ 175 „formale Natur der Löschung“. cf. Seligsohn 161, RG 64, 274.

Unterschied bestimmt ausdrücken müssen, etwa durch den Beisatz: solange der Eintrag besteht oder ähnlich. Da er dies nicht getan hat, so soll man von der alten rechtlich sicher vollkommeneren Konstruktion nicht abgehen. § 12 Abs. 1 bestimmt nur, daß infolge einer Eintragung, und zwar einer vollgültigen Eintragung, ein Recht entsteht und besteht; wie lange es besteht, ist aber erst im folgenden Absatz gesagt.

Sodann zu § 12 Absatz 2: „Im Falle der Löschung können für die Zeit, in welcher ein Rechtsgrund für die Löschung früher bereits vorgelegen hat, Rechte aus der Eintragung nicht mehr geltend gemacht werden." Aus diesen Worten soll folgen, daß die Löschung heute im Gegensatz zum Gesetze von 1874 rechtszerstörende Wirkung oder doch „jedenfalls mehr als deklaratorische Kraft" habe.[7]) Man spricht dabei von einer „rückwirkenden Kraft" der Löschung,[8]) die man teils so erklärt, daß nur die fernere Ausübung des Zeichenrechts für die Zeit nach der Entstehung des Löschungsgrundes rückwirkend versagt werde,[9]) teils so, daß das Zeichenrecht selbst ex tunc als erloschen gilt.[10]) Beide Erklärungen sind aber nicht unbedenklich und brauchen aus § 12 Absatz 2 gar nicht gefolgert zu werden.

Das Warenzeichenrecht ist nach unserer heutigen Gesetzgebung ein formalisiertes Recht — formalisiert im oben erläuterten Sinne gefaßt. — § 12 Abs. 2 drückt aber aus, daß der Formalismus nicht auch auf den Untergang des Rechtes zu beziehen sei, daß also das durch die Eintragung entstandene Recht nicht erst durch den formellen Akt der Löschung vernichtet werde. Dies ist der positive Inhalt des allerdings nicht ganz klar gefaßten Absatzes 2. Derselbe spricht keineswegs für die rechtszerstörende Natur der Löschung, sondern tritt vielmehr einer solchen Auffassung entgegen.

Es widerspräche allem rechtlichen Denken, wenn dem Eingetragenen lediglich auf Grund der Eintragung etwa nur

---

7) cf. Anmerkung 4 zu Allfeld u. Seligsohn.

8) nam. Kent 174, Meves II 105, Allfeld 567, Seligsohn 161, Finger 208f; gegen eine Rückwirkung Osterrieth § 157; cf. Bl. VI 89.

9) so Kent a. a. O.; Schanze im sächs. Arch. für bürgerl. Recht IV. Heft 11 und 12.

10) so namentlich Allfeld, dann Seligsohn, Finger, a. a. O., Stephan-Schmid 467; auch die Motive 16,

deswegen ein „Recht“ zustehen sollte, weil zufällig niemand auf seine geheimen Schliche käme, und daß er nun das Vertrauen des Publikums mißbrauchen dürfte im Vollbesitze seines „Rechtes.“ Es dürfen eben schon aus diesen allgemeinen rechtlichen Erwägungen wenigstens für die Fälle des § 8 II Nr. 2 und des § 9 entgegengesetzte Folgerungen nicht gezogen werden.

Trefflich sind die entscheidenden Worte in der Begründung des Urteils des 1. Ziv. Sen. des Reichsgerichts vom 16. Januar 1897:[11] „Sehr zutreffend hat Kohler (S. 161)[12] den Satz an die Spitze seiner.. Ausführungen gestellt: Die Marke darf nicht rechtswidrig sein; sie darf nicht in das Recht eines Dritten eingreifen; jede gegen das Recht eines Dritten verstoßende Marke entbehrt des rechtlichen Schutzes. Ist dieses (Kohlers) Werk auch lange vor dem Gesetze v. 12. Mai 1894 erschienen, so bleibt der Satz doch eine Wahrheit auch gegenüber den Bestimmungen des neuen Gesetzes. Für das Gesetz selbst ist jene Wahrheit eine ganz selbstverständliche Voraussetzung, wie denn auch Seligsohn in seinem Kommentar zu eben diesem Gesetze (§ 1 N. 13 S. 31) bekennt: das Zeichen soll nicht in Rechte Dritter eingreifen. Dies ist im Gesetze zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, folgt aber aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen.“

Anerkannt ist damit von der höchsten Instanz, daß auch einem eingetragenen Zeicheninhaber ein Recht nicht immer zur Seite steht; denn ein Recht ohne Rechtsschutz ist ein Unding; der Rechtsschutz gerade gibt dem Rechte Inhalt und Wert.

Bei der Beurteilung der Frage nach der Rechtswidrigkeit eines Zeichens ist es vollkommen gleichgültig, worin der Mangel, der das Vorhandensein eines Rechtes ausschließt, seinen Grund hat, ob in dem Eingreifen in Rechte eines anderen oder im Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen; denn rechtswidrig ist nicht bloß das, was gegen ein Recht eines anderen verstößt, sondern alles, was im Gegensatz zum Inhalt der Rechtsordnung steht. Im Gegensatz zur Rechtsordnung steht

---

11) RG 38, 131.

12) gerade gegenüber seiner Stellungnahme bei Verletzg der Rechte Dritter hat sich Kohlers Ansicht geändert in Dernburg VI. 317.

cf. Osterrieth S. 306.

aber zum Beispiel auch der Eintrag eines Warenzeichens für einen nicht mehr bestehenden Gewerbebetrieb, da nach § 1 des Gesetzes Voraussetzung für ein Warenzeichenrecht das Bestehen eines solchen Betriebes ist.

Der Passus über die Rechtswidrigkeit deckt somit alle Fälle des § 8 II N. 2 und des § 9, da kein Grund einzusehen ist, weshalb man bei einem solchen Mangel einen Unterschied machen soll, je nachdem derselbe schon von vornherein vorlag oder erst später auftritt.

Es blieben also nur noch die Fälle übrig, bei denen wegen Zeitablaufs das Zeichen von Amtswegen gelöscht wird und diejenigen, bei denen die Löschung eines vollgültigen Eintrags auf Antrag des Zeichenberechtigten erfolgt. Bei ersteren hat nach den Bestimmungen des Gesetzes die Löschung einzutreten aus formellem Grunde, die materiellen Unterlagen des Rechtes selbst werden davon nicht berührt; es tritt deshalb das Erlöschen des Rechts erst mit der Eintragung des Löschungsvermerks in die Zeichenrolle ein.[13])

Bei der Löschung auf Antrag des Berechtigten ist das Warenzeichenrecht entsprechend seiner Natur als Privatrecht durch die Abgabe der Verzichtserklärung beim Patentamte, das heißt mit der Stellung des Löschungsantrags, untergegangen. Die nachträgliche formelle Löschung hat nur die Bedeutung der Konstatierung dieses Untergangs.

## III.

Die verschiedene Konstruktion der Eintragung und der Löschung ist juristisch vollkommen korrekt. Denn die Entstehung eines Rechts ist abhängig von der Autorisation des Staates. „Schon der Vernunft einleuchtende Rechte," wie sie die Lehre des Naturrechts kannte, sind nach den modernen Rechtsbegriffen nicht möglich, „Urrechte"[14]) in diesem Sinne gibt es nicht. Recht ist nur das, was der Staat in der Rechtsordnung als Recht anerkennt. Und daraus leitet sich der Satz ab, daß der Staat Bestimmungen über den Erwerb, besser die Entstehung eines Rechtes treffen kann und er wird dies besonders zur Prüfung tun, ob auch alle Voraussetzungen für

13) anders fürs Ges. von 1874, Kohler S. 296.
14) cf. Savigny: System des heut. röm. R. I § 53.

das betreffende Recht gegeben sind, namentlich bei Rechten, deren Geltendmachung eine so eminente Bedeutung für die Öffentlichkeit hat, wie dies gerade beim Warenzeichenrecht der Fall ist. Ist nun aber einer Person ein Recht entstanden, so ist derselben auch die Verfügung über dieses Recht gegeben, namentlich die Möglichkeit, sich des Rechtes jederzeit wieder zu entschlagen, ohne dazu erst wieder staatliche Vermittlung in Anspruch nehmen zu müssen.

Ist ein Zeichenrecht einmal eingetragen, so hat die Eintragung ihren Zweck erfüllt; das Recht löst sich von ihr ab und verselbständigt sich. Deshalb kann auch die Löschung allein, etwa die irrtümlich erfolgte, keinen Einfluß auf das Schicksal des Rechts haben. Bestimmend für den Rechtsverlust ist lediglich das Vorliegen eines Nichtigkeits- oder Erlöschungsgrundes; der Eintrag selbst sinkt zur bloßen Registrierung herab und hat nur die Bedeutung, daß er Vermutungen zu begründen imstande ist. Änderungen im Zeichenregister sind keine Konstitutivakte, sondern lediglich Vermerke,[15]) die allerdings im Interesse der Registerwahrheit erst nach Vorlage der materiellen Grundlagen erfolgen können. Wenn nun die Geltendmachung des Rechts durch eine Person davon abhängig gemacht ist, daß sie als Berechtigter eingetragen ist, so beweist das nichts gegen die spätere Eigenschaft der Zeichenrolle als eines bloßen Kontrollbuchs, da alle derartigen Bestimmungen nur den Zweck verfolgen, die Berechtigten zu veranlassen die Rolle mit der materiellen Rechtslage in Übereinstimmung zu bringen.

Desgleichen ist ein Verzicht auf das Zeichenrecht nicht davon abhängig, daß er vor dem Patentamt erklärt wird; der private Willensakt allein ist dazu erforderlich und ausreichend; die Erklärung des Verzichts vor der Behörde bildet nur die Unterlage des Löschungsantrags. Freilich ist hier eine bedeutende Einschränkung zu machen: Bindend wird der Verzicht erst dann endgültig, wenn er vor der Behörde erklärt ist.[16])

---

15) cf. § 7 d. Ges.

16) cf. Dernburg Kohler VI 317.

IV.

Meiner Auffassung von der rechtlichen Natur der Löschung des Warenzeichens kann nicht mit dem Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 12 begegnet werden. Das Gesetz von 1894 brachte Änderungen in einigen Punkten, die sich am Gesetze von 1874 als verbesserungsbedürftig herausgestellt hatten. Zu diesen Punkten gehört aber die Auffassung von der Löschung nicht. Die Motive betonen ausdrücklich, daß durch § 12 II der Zeitpunkt habe bestimmt werden sollen, von welchem an gerechnet im Falle der Löschung das Zeichen als beseitigt gelten solle. Es ist also in den Motiven festgestellt, daß im praktischen Ergebnis wenigstens eine Abweichung des Gesetzes v. 1894 von dem von 1874 nicht bezweckt wurde und es ist deshalb auch kein Grund vorhanden in der Theorie neue Konstruktionen zu bilden, dem neuen Gesetze trotz des veränderten, im Ausdruck vielleicht irreführenden Wortlautes, eine Änderung zu imputieren und diese dann aus der redaktionellen Fassung zu interpretieren.

Sonst drückt sich ja das Gesetz stets korrekt aus und alle übrigen Paragraphen, die von der Löschung handeln, stehen einer anderen Auffassung des § 12 Abs. 2 entgegen. Es ist nicht einzusehen, warum das Gesetz stets den Ausdruck „Zeicheninhaber" gebraucht und vom „eingetragenen Inhaber des Zeichens" spricht, wenn es dies nicht absichtlich deshalb tut, um die Rechtsfrage überhaupt unberührt zu lassen. Ist diese Absicht aber vorhanden, so ist klar, daß unterschieden wird zwischen der Löschung des Zeichens eines Zeichenberechtigten und eines bloß eingetragenen Zeichenträgers, dem kein Recht zur Seite steht, und damit ist auch bewiesen, daß das Erlöschen des Rechtes und die Löschung des Zeichens zwei nebeneinanderstehende Begriffe sind.

V.

Ich stelle also zusammenfassend fest: Das Zeichenrecht gilt nicht mit dem Moment der Löschung als von der Zeit des Eintritts des Löschungsgrundes an für erloschen, sondern es ist tatsächlich erloschen[17]) und gilt nur von

17) Daraus leiten sich dann für den Zustand in der Zwischenzeit folgende von Allfeld knapp zusammengefaßte Consequenzen ab (S. 568 ff):

da an bis zur formellen Löschung als bestehend und zwar solange, bis durch die erfolgte Löschung in formell bekundeter Weise festgestellt ist, daß das Zeichenrecht überhaupt nicht entstanden ist oder doch schon längere Zeit nicht mehr besteht. Und bloß damit nicht etwa der eingetragene Zeicheninhaber sich auf den Eintrag seines Zeichens in der Rolle berufe, bestimmt § 12 Abs. 2 ein für allemal, daß Rechte aus der früheren Zeit, d. i. aus der Zeit vom Eintritt des Löschungsgrundes bis zur formellen Löschung, nicht mehr geltend gemacht werden können.

Es entspricht sicherlich der ganzen Rechtsauffassung besser selbst auf Kosten der redaktionellen Fassung des Gesetzestextes die Löschung im obigen Sinne zu konstruieren, als erst unter künstlichen, rechtlich nicht ganz einwandfreien Konstruktionen schließlich zu demselben Resultat zu gelangen, namentlich wenn diese Konstruktionen den Umweg über schwankende Fiktionen machen müssen.

---

1. es kann aus früherer Zeit keine Zivilklage mehr erhoben werden; 2. erhobene Zivilklagen sind abzuweisen, Strafverfahren einzustellen; 3. der Vollstreckg kann mit Klage aus 767 ZPO begegnet werden (cf. RG 48, 384); 4. bei Löschg whd des Prozesses Restitutionsklage; 5. Vollstreckg eines Strafurteils kann durch Einwendg gem. § 490 StPO abgewendet werden; bei Löschg schon whd des Prozesses Wiederaufnahme des Verfahrens (A. A. Kent 397, Kohler 454 f.); 6. ist Entschädigungssumme bezahlt, so Rückforderung.

Bezüglich der vom Zeicheninhaber des gelöschten Zeichens in der Zwischenzeit vorgenommenen Handlungen ist zu sagen: dem Inhaber steht die Tatsache der Eintragg schützend zur Seite; wenn er auch kein Recht hat, so befindet er sich doch in einer geschützten Position; deshalb kann er nicht zur Verantwortung gezogen werden (RG in Bl. VI 89, in R. u. U. VII 54. RStr. in Bl. VII 251, Finger 259). Schadensersatzpflicht tritt bloß bei Verschulden ein. cf. Seligsohn 163, RG in jur. W. Schr. 1899, 775, in Bl. VI 89; cf. auch RG 62, 273.

## 2. Kapitel.

### Die einzelnen Löschungsgründe.

### a. im allgemeinen.

I.

Die Löschung kann auf Grund verschiedener Veranlassungsmomente erfolgen, die sich aus der Natur des Warenzeichenrechts und seiner Zweckbestimmung ergeben. Das Warenzeichenrecht ist ein Recht vermögensrechtlichen Inhalts, also ein Recht wirtschaftlichen und zwar privat- und volkswirtschaftlichen Inhalts. Die ganze Volkswirtschaft aber ist „nicht atomistisch, nicht individualisierend, sondern individualisierend sozial zu fassen, so daß dem Individuum seine Macht, daß aber auch der Gesellschaft ihr Kollektiveinfluß zuzugestehen ist.“[1]) Das Recht am Warenzeichen hat dementsprechend eine doppelseitige Tendenz: einmal bezweckt das Gesetz den Schutz des Berechtigten, dann aber gleichzeitig auch die Sicherstellung des Publikums gegen Täuschung durch unrechtmäßigen Gebrauch eines Warenzeichens.[2])

II.

Demgemäß steht die Möglichkeit den Anstoß zur Löschung zu geben teils dem Zeicheninhaber (nach § 8 Abs. 1) zu, teils dem Patentamt im Verfahren von Amtswegen (nach § 8 Abs. 2), teils dem Publikum ganz allgemein (nach § 9).

Die in den § 8 und 9 genannten Löschungsgründe sind folgende:

1. Antrag des Zeicheninhabers,
2. Zeitablauf,
3. Unrechtmäßigkeit der Eintragung oder Täuschungsgefahr,

1) Kohler Markenschutz S. 8.
2) cf. Kent 13, R G 3, 76.

4. Übereinstimmung mit einem älteren Zeichen,
5. Einstellung des Geschäftsbetriebs,
6. die im trügerischen Inhalt des Zeichens begründete Täuschungsgefahr.[3])

Zu unterscheiden von diesen Löschungsgründen sind die Voraussetzungen der Löschung, die teils in einem Antrag des Zeicheninhabers nach § 8 Abs. 1 oder eines mit einem rechtskräftigen obsieglichen Löschungsurteil legitimierten Dritten, teils in dem Vorliegen der objektiven Tatsachen des Zeitablaufs oder der Unrechtmäßigkeit bezw. Täuschungsgefahr der Eintragung bestehen.

III.

Die Löschung auf Antrag des Zeicheninhabers und die amtsmäßige Löschung wegen Zeitablaufs bieten weniger juristisch interessante Fragen; die Hauptpunkte der amtsmäßigen Löschung wegen Täuschungsgefahr, namentlich das Verhältnis zwischen § 8 Abs. II No. 2 und § 9 Abs. I No. 3, werden unten behandelt werden, so daß ich sofort zur Behandlung der Löschung auf Antrag eines Dritten schreiten kann.

## b. Die Löschungsgründe des § 9.

### 1. Allgemeines.

I.

Die Fälle, in denen ein Dritter die Löschung beantragen, d. h. durch Klage herbeiführen kann, sind in § 9 des Gesetzes aufgezählt. Es steht in allen diesen Fällen dem Dritten ein Antragsrecht zu, dessen Grundlage ein Löschungsanspruch ist, d. i. ein privatrechtlicher Anspruch gegen den Zeicheninhaber auf Löschungsbewilligung.[4]) Das Vorhandensein eines Antragsrechtes hat zur Folge, einmal daß der Beklagte die begehrte Löschungsbewilligung abzugeben hat und weiter auch, daß die Gerichte auf Veranlassung des Dritten in der streitigen Sache tätig zu werden verpflichtet sind.[5]) Anders gelagert ist die Stellung eines Dritten bei der Löschung von Amtswegen nach § 8 Abs. 2. Auch hier ist ihm zwar die Möglichkeit gegeben

3) Den Fall des § 23 lasse ich bei der Abhandlung außer Betracht.
4) cf. Seligsohn 128.
5) Rechtsschutzanspruch!

auf das Verfahren einzuwirken; aber er kann dies nur durch Anbringung einer für das Patentamt unverbindlichen Anregung erreichen;[6]) dagegen steht ihm kein Anspruch darauf zu, daß das Patentamt im Sinne seiner Anregung tätig werde, sondern es ist in dessen freies Ermessen gestellt, ob und inwieweit es der angebrachten Mitteilung stattgeben und gegen den Zeicheninhaber vorgehen will; von Einfluß wird dabei sein, ob die Anregung ausreichend begründet und mit den nötigen Beweisangaben versehen ist.[7]) Die Ausführungen der XII. Kommission über den Entwurf stellen ausdrücklich fest, daß § 9 einen Anspruch auf den Löschungsantrag gibt, und zwar die Klage vor den ordentlichen Gerichten, weil die Ansprüche auf Löschung eines Zeichens durch Dritte zumeist auf privatrechtlichen Verhältnissen beruhen und man diese Fragen der Entscheidung der zuständigen Gerichte und nicht dem Patentamt übertragen dürfe.

II.

§ 9 enthält eine erschöpfende Aufzählung der klagmäßig geltend zu machenden Löschungsgründe innerhalb des Warenzeichengesetzes.[8])

Im übrigen gibt es aber auf Grund anderer Gesetze noch eine Reihe von Fällen, in denen ein Recht auf Löschung, ein Löschungsanspruch, anzuerkennen ist. Dieser Löschungsanspruch ist überall da gegeben, wo eine Kollision zwischen früher begründeten absoluten Rechten und einem Warenzeichen sich ergibt[9]), etwa ein Eingriff in das Namen-, Firmen-, Urheberrecht eines anderen, — hier ist er weiter nichts als der zu Ende gedachte Anspruch auf Unterlassung und die auf Grund der Klage durchgeführte Löschung ist die letzte Garantie der zugewährleistenden Unterlassung, — ferner wenn die Eintragung des Zeichens den obligatorischen Beziehungen der Parteien

6) cf. die Kommentare zu § 8 u. 9; Schanze gew. Rsch. II 172.

7) Kent 173; Bl. II 142, 143. cf. Osterrieth 370: Obwohl der Löschgsanreger kein Rechtsmittel gegen einen ablehnenden Beschluß hat, haben die entstandenen Unzuträglichkeiten doch dazu geführt, daß das PA in neuester Zeit ein solches zuließ (cf. Bl. $11^{105}$).

8) cf. die Kommentare; Bl. V 19; RG 10, 22; 38, 130; jur. Wochenschrift 31, 13 u. 32 Beil. 52.

9) cf. Kohler in Dernburg Bürgerl. R. VI 315; RG XXXVIII 128, RG im Bl. VI 213, VII 284.

widerstreitet oder sich als eine unerlaubte Handlung darstellt.[10])

Die Behandlung dieser Fälle fällt aus dem Rahmen vorliegender Abhandlung und kann daher übergangen werden.

2. Die einzelnen Löschungsgründe:

Im Wortlaute des § 9:

Ein Dritter kann die Löschung des Warenzeichens beantragen:

1. wenn das Zeichen für ihn auf Grund einer früheren Anmeldung für dieselben oder für gleichartige Waren in der Zeichenrolle oder in den nach Maßgabe des Gesetzes über den Markenschutz vom 30. November 1874 geführten Zeichenregistern eingetragen steht;
2. wenn der Geschäftsbetrieb, zu welchem das Warenzeichen gehört, von dem eingetragenen Inhaber nicht mehr fortgesetzt wird;
3. wenn Umstände vorliegen, aus denen sich ergibt, daß der Inhalt des Warenzeichens den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht und die Gefahr einer Täuschung begründet.

Hat ein nach dem Gesetze über Markenschutz vom 30. November 1874 von der Eintragung ausgeschlossenes Warenzeichen bis zum Erlaß des gegenwärtigen Gesetzes innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen der Waren eines bestimmten Geschäftsbetriebes gegolten, so kann der Inhaber des letzteren, falls das Zeichen nach Maßgabe des gegenwärtigen Gesetzes für einen anderen in die Zeichenrolle eingetragen wird, bis zum 1. Oktober 1895 die Löschung beantragen. Wird dem Antrage stattgegeben, so darf das Zeichen für den Antragsteller schon vor Ablauf der im § 4 Abs. 2 bestimmten Frist in die Zeichenrolle eingetragen werden.

10) cf. Kohler a. a. O. Dazu Seligsohn 128 nam. auch über Literatur u. Praxis, Allfeld 531, Finger 200 ff.

### α Die Kollision eines jüngeren mit einem älteren Warenzeichen (§ 9 Abs. I No. 1).

I.

Die Voraussetzungen des Falles No. 1 decken sich mit den in § 5 Abs. 1 für die Beurteilung des Patensamtes maßgebenden Gesichtspunkten.[1])

Im einzelnen ist zu sagen:

Der Löschungsantrag ist nur dem eingetragenen Zeicheninhaber gegeben, dessen Eintragung sich auf eine nach den Grundsätzen der Priorität erfolgende Anmeldung stützt, und entsprechend dem Spezialisationsprinzip des Warenzeichenrechts diesem auch nur dann, wenn das Zeichen für dieselben oder doch innerhalb der Ähnlichkeitsgrenze gleichartige Waren eingetragen ist.

Es ist also erforderlich:

1. Eintragung desselben oder eines nach § 7 Abs. 2 ähnlichen Zeichens für Kläger und Beklagten in der durch Gesetz von 1894 geschaffenen Zeichenrolle,
2. Eintragung des Zeichens für dieselben oder doch gleichartige Waren,
3. Eintragung des Klägers auf Grund früherer Anmeldung,
4. Rechtswirksamkeit der Eintragung des klägerischen Zeichens.

Zu 1. Die doppelte Eintragung desselben Zeichens ist erforderlich[2]) — es genügt nicht der frühere Gebrauch[3]) zur Aktivlegitimation, da es keine Ersitzung gibt,[4]) woraus folgt, daß das Ausstattungsrecht kein Hindernis der Eintragung als Warenzeichen ist;[5]) — die doppelte Eintragung ist aber auch genügend; eine widerrechtliche Absicht braucht dem Zeicheneintrag des Beklagten nicht zu Grunde zu liegen.[6]) Bei der Prüfung der Ähnlichkeit der beiden Zeichen ist § 20 des Gesetzes anzuwenden;[7]) die Übereinstimmung ist zur beurteilen

1) cf. Kent 129.
2) Allfeld 532. Seligsohn 129. Finger 193, Bl. VI 75. Osterrieth 325ff.
3) Finger 193, Bl. I 34.
4) Bl. III 264, cf. jedoch den Fall des § 9 Abs. 2.
5) Allfeld 532, RG in R. u. U. VII 93, in Bl. VI 217. RG 66, 238. Finger 194.
6) Allfeld 533, Jur. Ztg. III 496.
7) cf. Kent 204, Seligsohn 101, Komm. Ber. S. 3, RG 53, 94f; 43, 93.

nach den Anschauungen des Verkehrs und nach den gesetzlichen Bestimmungen.[8] [9])

Die beiden Zeichen müssen — den Übergangsfall des § 9 Absatz 2 ausgenommen — in die Zeichenrolle eingetragen sein: Eintrag in die alten Zeichenregister reicht zur Aktiv- und Passivlegitimation nicht aus.[10])

Zu 2. Die Eintragung muß für dieselben oder doch für gleichartige Waren bestehen. Maßgebend für das Vorliegen dieses Erfordernisses ist die Eintragung, nicht etwa die Anmeldung.[11]) Bezüglich der Prüfung der Gleichartigkeit der Waren ist von der Regierungskommission[12]) bei der Beratung folgende Richtlinie begutachtet worden: Bei Beurteilung dieser Frage ist nicht so sehr Gewicht auf Herstellungsweise und Material zu legen, sondern auf die Möglichkeit einer Verwechslung oder Täuschung im Verkehr. Dabei ist auf die Anschauung des breiten Publikums Rücksicht zu nehmen.[13])

Zu 3. Die Eintragung des Klägers muß auf Grund früherer Anmeldung erfolgt sein. Maßgebend ist der Zeitpunkt der Anmeldung nicht der der Eintragung.[14]) Dabei hat das Gericht nicht nachzuprüfen, ob die Zeichen mit Recht unter dem vermerkten Zeitpunkt eingetragen sind.[15]) Bezüglich zweier an demselben Tage eingelaufener Anmeldungen gilt nach § 8 der Verordnung vom 30. Juni 1894 § 27 Abs. 3 der Verordnung vom 11. Juli 1891.

Die Kontinuität des Zeichenrechts ist vom Gericht zu prüfen.[16])

Schwierig und umstritten ist die Frage, wie bei den in der Garantiezeit vom Inkrafttreten des Gesetzes bis zum 1. Oktober 1895 angemeldeten gleichen Zeichen zu verfahren ist:

---

8) Allfeld 532, Ztschrift f. Industrieschutz 1892 Heft 6 S. 24.

9) Die Gerichte haben im Löschungsstreit die Übereinstimmung nachzuprüfen; Allfeld 532, Finger 194, I. W. O 1, 124; R. u. U. VII 94 N 4 u. 5; Bl. V 256, VI 81.

10) Allfeld 532, Kent 204, Seligsohn 100.

11) Allfeld 532, Seligsohn 101 cf. Finger 134 f. 153 f. Osterrieth 333 f. f.

12) Komm. Ber. S. 2, cf. dazu RG 60, 325; 67, 36.

13) PA im Bl. VI 210. Dazu PA im Bl. 7, 264; RG im Bl. VII 265; über einzelne Fälle vergleiche PA im Bl. III 63; VI 210, II 17; V 251, VII 176, IX 176 VIII 28, IX 235, X 273 u. s. w.

14) Allfeld 532, Finger 193, Seligsohn 99.

15) Finger 194.

16) Allfeld 532; PA im Bl. IV 217, V 221.

Bezüglich der innerhalb der im Gesetze von 1874 bestimmten Frist vom Inkrafttreten des Gesetzes bis zum 1. Oktober 1875 eingetragenen Zeichen, die früher landesgesetzlich geschützt oder bis 1874 im Verkehr als Kennzeichen anerkannt waren, nahm das Reichsoberhandelsgericht[17]) an, daß deren Anmeldung als gleichzeitig zu gelten habe, was Drucker[18]) auch auf die im § 9 Abs. 2 des Gesetzes von 1894 bestimmte Frist übertragen will. Richtig führt die zitierte Entscheidung des ROHG aus, daß der § 9 Abs. 2 des Gesetzes von 1874 das Verhältnis zwischen den mehreren, welche bisher landesherrlich geschützte oder im Verkehr allgemein anerkannte Inhaber desselben Zeichens waren, nicht regle, und daß deshalb einer derselben ein Recht auf ausschließliche Führung des Zeichens nicht erwerbe, sofern nur die anderen vor dem 1. Oktober 1875 die Anmeldung bewirkten.[19]) Und aus dem vom ROHG angeführten, dem § 9 Abs. 2 zu Grunde liegenden Grundsatz, nämlich „in Beziehung auf die fraglichen Kategorien von Warenzeichen den status quo aufrecht zu erhalten, beziehlich wohlerworbene Rechte nicht zu beeinträchtigen," erklärt und rechtfertigt sich auch die Anwendung dieser Regel auf die im Gesetze von 1894 in § 9 Abs. 2 vorgesehenen Fälle.[20]) Die entgegengesetzte Praxis des Patentamtes kann diesem Grundgedanken nicht gerecht werden.

Ein weiterer Prioritätsvorbehalt ist im Reichsgesetz vom 18. März 1904[21]) betr. den Schutz von Erfindungen, Mustern und Warenzeichen auf Ausstellungen[22]) für denjenigen vorgesehen, der innerhalb 6 Monaten nach der Eröffnung der Ausstellung den dauernden Schutz des nur zeitweilig geschützten Zeichens beantragt.

Obwohl nun die Priorität der Anmeldung das ausschlaggebende ist, so genügt doch eine Anmeldung, der noch keine Zeicheneintragung gefolgt ist, nicht zur Anstellung der Löschungsklage, da das Gesetz, wenn auch nicht ein materielles

17) XX 353.
18) im gewerbl. Rschutz III S. 104.
19) cf. Landgraf 36.
20) anders die Praxis des Patentamtes.
21) RGBl S. 141.
22) cf. Damme in Jur. Ztg. 1904 S. 385.

Zeichenrecht, so doch die durch Eintragung in die Zeichenrolle begründete Vermutung des Bestehens eines materiellen Rechts zur Klagvoraussetzung macht.

Zu 4. Rechtswirksamkeit der Eintragung des klägerischen Zeichens.[23])

Vom Standpunkt der Theorie der konstitutiven Natur der Löschung ist diese Frage gar nicht weiter zu behandeln; denn nach ihrer Ansicht besteht ja, solange nur der Eintrag noch vorhanden ist, auch ein materielles Zeichenrecht. Die Theorie aber, die Erlöschen des Rechts und Löschung des Zeichens als zwei nebeneinanderstehende Begriffe betrachtet, muß wohl dazu Stellung nehmen.

Vorauszuschicken ist folgendes: Selbstverständlich ist der Nachweis eines materiellen Rechts nicht zur Klaganstellung erforderlich; denn das Recht des klagenden Teils, den Antrag zur Löschung des gegnerischen Zeichens zu stellen, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes an die bloße Tatsache seiner Eintragung in die Zeichenrolle geknüpft; diese Eintragung bringt ja die Vermutung, daß dem Kläger wirklich ein Recht zustehe. Der Nachweis des Vorhandenseins eines Rechts kann nicht zur Prozeßvoraussetzung gemacht werden, sondern nur zur Voraussetzung einer dem Kläger günstigen Entscheidung. Den Antrag kann also der Kläger auf seine bloße Eintragung stützen; ein zusprechendes Urteil, d. i. die Zulassung oder Bestätigung seines Antrags, aber gründet sich auf seine wirkliche Zeichenberechtigung.

Die ganze Frage geht darauf hinaus, ob im Löschungsstreit der Beklagte Einreden geltend machen kann, die sich auf Mängel im Zeichenrecht des Klägers beziehen. Ich muß diese Frage bejahen, sowohl aus allgemeinen rechtlichen Erwägungen als auch infolge meiner Stellungnahme zur Qualität der Löschung.

Aus dem Wesen des Zivilprozesses und der denselben beherrschenden Verhandlungsmaxime folgt, daß die durch die Eintragung geschaffene Vermutung einer Berechtigung des Klägers solange einer wirklichen Berechtigung gleichsteht, als vom Gegner nicht der Gegenbeweis angetreten ist. Erkennt also der Beklagte den Klaganspruch an, oder bestreitet er ihn

23) Kent 203 f. anders Seligsohn 100.

zum wenigsten nicht, so ist die Frage, ob dem Kläger ein Zeichenrecht zustehe, gar nicht weiter zu untersuchen. Anders dagegen, wenn Beklagter in Abrede stellt, daß der Eintrag des Gegners von einem Rechte getragen sei, wenn er also die Einrede der Mangelhaftigkeit des gegnerischen Eintrags vorbringt. In diesem Falle tritt ein Widerstreit zwischen der formellen und materiellen Bedeutung des Zeicheneintrags ein. Vermutung steht gegen einredeweise geltend gemachte Leugnung eines Rechts. Die Vermutung setzt den Kläger in die bessere Lage, daß er ruhig den Gegenbeweis des Beklagten abwarten kann. Dieser Gegenbeweis kann aber nur dadurch geführt werden, daß in einem neuen Verfahren der Beklagte den Kläger auf Bewilligung der Löschung seines eigenen Zeichens belangt und durch diesen Prozeß die Löschung wirklich herbeiführt. Die Tatsache der Löschung ist dann in den ersten Prozeß einzuwerfen. Billigerweise muß nun aber vom Erstgericht dem Beklagten die Möglichkeit gegeben werden, diese Tatsache noch rechtzeitig vorbringen zu können. Dem Gericht ist das Mittel hierzu im § 148 der ZPO durch Aussetzungsbefugnis gegeben.[24]) Von dieser Befugnis wird das Erstgericht dann Gebrauch machen, wenn der Beklagte die Einrede der Mangelhaftigkeit des klägerischen Zeicheneintrags mit dem Nachweis der Erhebung einer auf Löschung dieses Eintrags gerichteten Klage stützt, oder durch Erhebung einer Widerklage ergänzt. Vom Ergebnis des zweiten Prozesses hängt dann der Ausgang des Erstprozesses ab.

Es ist also wohl eine Einrede der Mangelhaftigkeit des klägerischen Zeicheneintrags in diesem Sinne möglich;[25]) nur muß dieselbe mit dem Nachweis verbunden sein, daß Beklagter den Beweis dafür antritt, was eben durch Erhebung einer selbständigen Klage oder Widerklage erreicht wird. Dies ist natürlich nur möglich, wenn Beklagter seine Einrede auf einen Mangel gründet, wegen dessen ihm die Löschungsklage gegeben ist, also auf einen Mangel nach § 9 des Gesetzes.

24) Für Aussetzg: Allfeld 571, Finger 193, Kent 206; a. M. Seligsohn 135 analog wie PA im Bl. IV 158 bei Seligsohn 101; Seligsohn will die Einrede der zeichenrechtlichen Unwirksamkeit nicht zulassen, ebenso nicht RG 53, 431.

25) Richtig betont Kohler in Dernburg VI 318, daß diese prozessuale Frage nichts mit der Frage nach der Gültigkeit eines Zeichens zu tun habe. Im übrigen steht Kohler auf anderem Standpunkt.

Weniger befriedigend dagegen ist das Ergebnis, wenn eine Mangelhaftigkeit geltend gemacht wird, bei welcher nach § 8 Abs. 2 No. 2 nur das Patentamt von Amtswegen einschreiten kann. Denn während in den oben angeführten Fällen durch den Nachweis der Klagerhebung das eine wenigstens feststeht, daß die der Einrede zugrunde liegenden Behauptungen auf ihren Wahrheitsgehalt untersucht werden, ist eine solche Gewißheit hier nicht gegeben. Der Beklagte kann zwar wohl behaupten, daß er beim Patentamt die ihm zustehende Anregung zur Löschung angebracht habe, aber dadurch ist noch keine Gewähr geboten dafür, daß das Patentamt sich mit der Sache überhaupt befaßt, da ja ein diesbezüglicher Anspruch dem Beklagten nicht zusteht. Ob aber bei solch unklaren Umständen das Gericht sich zu einer Aussetzung entschließt, wird wohl hauptsächlich davon abhängen, ob die Einrede durch glaubhafte und mit Beweismitteln versehene Behauptungen getragen ist.[26])

Wird eine Aussetzung nicht beschlossen, so kann, wenn nur der Anregung noch während des Prozesses stattgegeben wird, der Beklagte die Tatsache der Löschung in den Prozeß einwerfen und damit ein obsiegendes Urteil erlangen. Andernfalls gilt die Vermutung des Vorhandenseins eines Rechts auf Seiten des Klägers als unwiderlegt und die Entscheidung hat dementsprechend zu erkennen.

II.

Eine Löschung des klägerischen Zeichens auf Antrag des Klägers selbst gemäß § 8 Abs. 1 während des Prozesses hat für den anhängigen Löschungsstreit folgende Bedeutung: Wird die Löschung während des Verfahrens noch festgestellt, so muß Klagabweisung erfolgen,[27]) da das Vorhandensein eines materiellen Klaggrundes zum Beginn des Prozesses nicht genügt, um den Klaganspruch auch unabänderlich zu begründen und ein entsprechendes Urteil zu kreieren. Der Kläger selbst kann jetzt nicht mehr die Löschung des Zeichens des Beklagten verlangen,

---

26) Eine Aussetzg des Rechtsstreits wegen eines beim Patentamt schwebenden Löschgsverfahrens erklärt das Reichsgericht in jur. Wochenschrift 1897 S. 367 für unzulässig. Vergl. Recht 1902 S. 513 Kent 309.

Für die Zulässigkeit der Aussetzg: Allfeld 569, Finger 193, Seligsohn 116, 135, Rhenius No. 1, Stephan-Schmid 468, Paul Schmid 84.

27) cf. Kent 206.

wohl aber treten auch für dieses jetzt neue Komplikationen ein. Denn war für den Kläger ein Zeichen rechtsgültig eingetragen und damit für ihn ein materielles Zeichenrecht entstanden, so steht ihm, wenn dieses Zeichen auf seinen Antrag hin gelöscht wird, nach § 4 Abs. 2 eine Schutzfrist von zwei Jahren zu, innerhalb deren dasselbe Zeichen für eine andere Person nicht zur Eintragung gebracht werden darf. Die Vorschrift über die Schutzfrist ist öffentlichen Rechts und deshalb der Disposition der Parteien entzogen; es kann auf sie nicht verzichtet werden.[28]) Ein Klagrecht auf Löschung eines der Vorschrift des § 4 Abs. 2 zuwider eingetragenen Zeichens steht dem Inhaber des gelöschten Zeichens nicht zu.[29]) Mit der Löschung eines Zeichens geht eben jegliches Recht verloren; die Schutzfrist ist nicht der Ausfluß oder der letzte Rest eines Privatrechts, sondern lediglich eine im öffentlichen Interesse gegebene Bestimmung; es tritt deshalb das Löschungsverfahren von Amtswegen nach § 8 Abs. 2 Z. 2 des Gesetzes ein, wozu der frühere Kläger lediglich eine Anregung geben kann.

III.

Dem eingetragenen Zeicheninhaber steht die Löschungsklage im Prinzip unter allen Umständen zu, ganz gleich, ob er im Erteilungsverfahren auf eine vom Patentamt zugegangene Mitteilung nach § 5 des Gesetzes Widerspruch erhoben hat oder nicht. Denn hat er den Widerspruch versäumt, so liegt darin kein Verzicht auf das Klagrecht; bloße Duldung erfüllt nach allgemeiner Ansicht noch nicht den Tatbestand des Verzichts.[30]) Hatte der jetzige Kläger aber Widerspruch eingelegt und war trotzdem das Zeichen des anderen eingetragen worden.

---

28) Finger 132, Kent 128, PA im Bl. I, 66. Mittler 56, richtig auch Dernburg Kohler VI 336; a. M. Rhenius 53, Seligsohn 96.

Es ist die Möglichkeit die Bestimmung dadurch zu umgehen, daß der Eingetragene während seines eigenen Rechts das Zeichen für einen Anderen zuläßt, um dann sein eigenes Zeichen zur Löschung zu bringen, als Gesetzesumgehung abzuweisen; cf. Finger 132. Die Sperrfrist gilt nur, wenn ein Zeichen zu Recht bestanden hat und dann untergegangen ist.

29) ebenso Finger 132;

30) Seligsohn 130, Kent 204, Landgraf II § 5 u. 6 No. 6. analog Allfeld 539. 533, Kent 288 f.

Duldung hat nur Einfluß auf die Schadensersatzfrage.

cf. Kohler: „Die Nichtigkeit des 2. Markeneintrags" im gewerbl. Rschtz 1897 S. 198 ff.

so ist die an und für sich wohl bestehende Klagmöglichkeit durch einen anderen Umstand wieder ausgeschaltet. Ist nämlich Widerspruch erhoben, so nimmt das Patentamt eine nochmalige genauere Prüfung vor, die andernfalls wegfällt,[31]) und entscheidet beschlußmäßig über die Eintragung. Wird also in diesem Verfahren die Eintragung beschlossen, so liegt eine positive Entscheidung des Patentamts darüber vor, daß eine Gleichheit der beiden Zeichen, die einer Eintragung hindernd im Weg stände, nicht gegeben ist. Es entsteht hier die Frage, ob dieser Patentamtsbeschluß für das Gericht, das sich mit der Sache befaßt, bindend ist. Darüber ist zu bemerken: die Entscheidung der Frage, ob Gleichheit der Zeichen gegeben ist, steht zwar häufig dem Gerichte zu, aber nur in solchen Fällen, in denen eine definitive Entscheidung des Patentamts noch nicht ergangen ist. Hat aber das Patentamt entschieden, so ist dies ein endgültiges Erkenntnis, und das Gericht ist nicht befugt dasselbe nachzuprüfen. Die Entscheidung des Gerichts ist gewissermaßen subsidiär hinter der des Patentamts, sie kann erst dann eingreifen, wenn die eigentlich kompetente Stelle, das Patentamt, noch keinen Spruch gefällt hat.[32])

IV.

Eine aus Billigkeitsrücksichten erweiterte Möglichkeit der Anwendung des § 9 Abs. 1 No. 1 enthält der 2. Absatz dieses Paragraphen. Auch hier ist die Löschungsklage nur einer bestimmten Person gegeben; diese braucht aber weder ein Recht noch eine Rechtsvermutung nachzuweisen, sondern es wird hier ein rechtsähnlicher Zustand der wahren Berechtigung innerhalb einer gewissen Zeit[33]) gleichbehandelt, um die im neuen Gesetze beseitigten Härten des alten Markenschutzgesetzes zu mildern. Die Bestimmungen des neuen Gesetzes erstrecken hier gewissermaßen ihre Wirkung auf die Vergangenheit zurück.[34]) Die Vorschrift des § 9 Abs. 2 setzt voraus beim Löschungskläger: daß sein Zeichen überhaupt nicht eingetragen ist und

31) ob dies allerdings im Interesse der Öffentlichkeit liegt, ist mehr als zweifelhaft.

32) cf. Allfeld 502, 533, Kent 204, Finger 192 f. a. M. Seligsohn 129, RG in jur. Woch. 1901, 124, auch Kohler in Dernburg bürgerl. R. VI 317, RG im Bl. XI 295.

33) S. Motive S. 14.

34) ähnliche Schutzfrist enthielt das Gesetz v. 1874.

daß die Eintragung infolge Vorliegens von Ausschlußgründen[35]) nicht erfolgen konnte, weiterhin, daß das Zeichen innerhalb der beteiligten Verkehrskreise als Kennzeichen der Waren eines bestimmten[36]) Geschäftsbetriebes gegolten hat; beim Löschungsbeklagten: daß sein Zeichen in die Zeichenrolle eingetragen ist. Daß beide Zeichen übereinstimmen müssen und die Klage in der bestimmten[37]) Frist anzustellen ist, ist selbstverständlich.

Damit wäre der Inhalt des § 9 Abs. 2 erschöpft. Es ist aber wohl in Analogie zu schließen, daß unter die Bestimmung auch solche Zeichen fallen, die bisher eintragungsfähig waren, wenn der Inhaber des betr. Geschäftsbetriebes, in welchem das Zeichen tatsächlich geführt wurde, nach dem Gesetze von 1874 ein Zeichenrecht an ihnen nicht erwerben konnte.[38])

Die Vorschrift des Abs. 2 versagt gegenüber allen Eintragungen, die nicht unter der Herrschaft des Gesetzes von 1894 neu erfolgt sind, also gegenüber allen aus den alten Zeichenregistern übergeleiteten Eintragungen; in diesen Fällen wird die dem Absatze 2 zu Grunde gelegte Priorität des usus durch die stärkere Priorität der Eintragung wirkungslos.[39]) Seligsohn führt noch den weiteren Fall an, daß der nach § 9 Abs. 2 klagberechtigte Zeicheninhaber auf Grund dieses Absatzes in Verbindung mit § 37 HGB auf Löschung eines Firmenzusatzes klagen kann, wenn dieser Zusatz in einem durch § 9 Abs. 2 geschützten Zeichen besteht. Die Bemerkung ist richtig; es wird durch diese Klage eine Umgehung des § 9 Abs. 2 verhütet und dem Gegner die Grundlage des § 13 entzogen.[40])

Die weitere Folge der nach § 9 Abs. 2 siegreichen Klage, daß für den Kläger das Hindernis der Sperrfrist wegfällt, namentlich die Frage, ob zur Erreichung dieser günstigen Situation die Löschung auf Grund der Klage eintreten muß,[41]) oder ob dazu auch die Löschung auf freiwilligen Antrag des

35) Die in der Beschaffenheit des Zeichens oder im Zeichenträger liegen.

36) cf. Allfeld 537, Seligsohn 206, Kent 214.

37) Voraussetzg ist, daß das Zeichen Kennzeichen eines bestimmten Geschäftsbetriebes war, und ausschließlich anerkannt wurde; andernfalls ist Absatz 2 nicht anwendbar: Allfeld 537, Mittler 88. Bl. IV 212. a. M. Finger 56.

38) Das alte Gesetz verlangte Firmeneintragg. — cf. Komm. Ber. S. 5 Allfeld 537, Seligs. 132, R. u. U. VII 93 No. 2.

39) Allfeld 537, Seligsohn 133, RG 41, 72, RG in R. u. U. III 278.

40) ebenso RG in jur. Woch. 1901 S. 727.

41) So Seligsohn S. 133.

Eingetragenen genügt,[42]) hat hier weiter kein Interesse. Läßt der obsiegende Kläger das Zeichen nicht innerhalb der Sperrfrist für sich eintragen, so kann jeder andere, auch der verurteilte Beklagte, durch Eintragung desselben das Zeichenrecht erwerben.[43])

Übrigens hat der ganze 2. Absatz des § 9 heute nur noch beschränkte Bedeutung; er wird hauptsächlich noch anzuwenden sein, wenn gegen die auf Grund dieser Bestimmungen erfolgte Eintragung mit Löschungsklage oder mit Löschungsanregung vorgegangen wird und zur Untersuchung der Frage, ob ein Zeichen als Freizeichen zu qualifizieren ist.[44])

### β. Die Löschungsklage wegen Aufgabe des Geschäftsbetriebs. (§ 9 Abs. I No. 2).[1])

I.

§ 1 des Gesetzes macht zur ersten Voraussetzung für die Entstehung eines Warenzeichenrechts das Bestehen eines Geschäftsbetriebs. An einen Geschäftsbetrieb bleibt das Recht auch die ganze Zeit seines Bestandes hindurch geknüpft.

Ausnahmsweise können Zeichen auch für einen noch nicht bestehenden Geschäftsbetrieb eingetragen und entsprechend auch während einer vorübergehenden Einstellung des Betriebes weiter geführt werden,[2]) aber Bedingung bleibt hiebei stets die Absicht, denselben in absehbarer Zeit zu beginnen oder wieder aufzunehmen.[3]) Und mit dieser Einschränkung ist auch § 9 No. 2 zu verstehen, wenn er als Kriterium der Beendigung der Rechtsbeständigkeit eines Zeichens die Nichtfortsetzung des Geschäftsbetriebes durch den eingetragenen Zeicheninhaber aufstellt: unter Nichtfortsetzung ist zu verstehen die Beendigung mit der Absicht ihn in absehbarer Zeit nicht mehr zu beginnen.

---

42) So Kent S. 215, Allfeld 538, Mittler 85, gew. Rschtz. 1895, 59.

43) Kent 215, Meves II 129.

44) conf. Allfeld 537.

1) nach Gesetz v. 1874 von Amtswegen erfolgt.

2) Allfeld 432; RG 18, 93; 30, 1. RG bei Bolze 2 N 335, RStr. 23, 348; RG 15, 105, Schmid im gew. Rschtz. 1894 S. 282. Osterrieth S. 316.

3) Über die weiteren Fragen des Zusammenhangs zwischen Zeichen und Geschäftsbetrieb s. die Kommentare zu § 1.

## II.

Wesentlich zum Verständnis des § 9 No. 2 ist die Feststellung des Begriffes Geschäftsbetrieb und die Untersuchung darüber, ob die in § 1 und § 9 Abs. 1 No. 2 gebrauchten Worte Geschäftsbetrieb vollständig in demselben Sinne zu fassen sind oder nicht.

§ 1 bestimmt, daß ein Zeichenrecht nur für den Inhaber eines Geschäftsbetriebes entstehen könne. Wenn auch der Begriff des Geschäftsbetriebes „an sich die Gesamtheit aller wirtschaftlichen Beziehungen einer Person umfaßt, welche eine auf fortgesetzten Erwerb abzielende Tätigkeit ausübt",[4]) so muß, wie allgemein anerkannt, dieser Begriff in § 1 doch enger gegriffen werden und zwar als „diejenige Tätigkeit, die auf dem Gebiet der Produktion oder des Handels liegt."[5]) Das Warenzeichenrecht soll eine wirtschaftliche Funktion erfüllen und deshalb sind alle nicht wirtschaftlichen Betriebe und Unternehmungen — wirtschaftlich im engeren Sinne, — die nicht die Warenerzeugung und -Verteilung besorgen, von den Vorteilen des Warenzeichengesetzes ausgeschlossen.

Damit ist einmal eine ganz allgemeine Abgrenzung gegeben, die dann durch den § 1 noch spezialisiert wird: auch in einem so bestimmten Geschäftsbetriebe hat das Warenzeichen keine allgemeinen Zwecke zu erfüllen, sondern es dient lediglich zur Bezeichnung von Waren mit den darauf gerichteten Nebenfunktionen nach § 12 Abs. 1. Aber auch hier tritt noch eine Einschränkung ein, indem ein Warenzeichen nur für ganz bestimmte Warenarten,[6]) deren genaues Verzeichnis nach § 2 bei der Anmeldung beim Patentamt mit einzureichen ist,[7]) eingetragen werden kann. Es ist also eine unerläßliche Voraussetzung für das Entstehen und logischerweise auch Bestehen eines Warenzeichenrechts, daß das Zeichen mit ganz bestimmten, numerisch festgestellten Warenarten in Verbindung steht, die

4) Allfeld 431.

5) Allfeld a. a. O. Kent 206. Motive S. 9, PA in Bl. III 259, Osterrieth S. 316.

6) cf. Kohler in Dernburg bürgerl. R. VI 310: nur für Waren, nicht für unbewegliche Sachen, PA im Bl. VIII 193, auch nicht für Hilfsstoffe, die in den hergestellten Sachen nicht mehr selbständig vorhanden sind, RG im Bl. XV 222.

7) cf. Kohler a. a. O. S. 312.

den Geschäftsbetrieb des Zeicheninhabers durchlaufen.[8]) Das Zeichen ist also richtig nicht ein Annexum des Geschäftsbetriebes an sich, sondern eine Pertinenz des Geschäftsbetriebes mit ganz bestimmten Warenarten, die innerhalb des weiteren Betriebes geführt werden.

Wir kommen also zu folgendem Resultat: der Begriff des Geschäftsbetriebes in § 1 ist in weiterer Grenze zu fassen als ein Betrieb, der auf dem Gebiet der Produktion oder des Handels liegt; in § 1 ist nicht die letzte sondern nur die erste und weiteste Voraussetzung für den Erwerb eines Zeichenrechts bestimmt. Das Zeichen selbst aber kann nur mit bestimmten Waren verbunden sein, die innerhalb eines solchen Betriebes in Umlauf gesetzt werden; der Bestand eines Zeichenrechts ist also gewissermaßen an einen Betrieb innerhalb des weiteren Betriebes geknüpft.

Und damit kommen wir auf die richtige Bedeutung des Begriffes Geschäftsbetrieb in § 9 Abs. I No. 2. Es wäre dem Wesen des Warenzeichenrechts nicht entsprechend, wenn man zur Voraussetzung der Löschungsklage nach § 9 Abs. I No. 2 die Beendigung des Geschäftsbetriebes in dem entwickelten weiteren Sinne eines allgemeinen Produktions- und Handelsbetriebes fassen wollte, während doch aus den Worten des Gesetzes ganz klar hervorgeht, daß der Gesetzgeber den Bestand des Warenzeichenrechts keineswegs lediglich an die Existenz eines solchen Betriebes knüpft sondern an den Verkehr mit ganz bestimmten Warenarten und das Vorhandensein eines so allgemeinen Betriebes nur zur Hauptvoraussetzung für die Kreierung eines Warenzeichenrechts überhaupt macht. Nur in einem einzigen Falle ist die Unterscheidung zwischen einem Geschäftsbetrieb im weiteren und engeren Sinne bedeutungslos, nämlich dann, wenn andere als die durch dasselbe Zeichen geschützte Waren in einem Betriebe nicht geführt werden. Sonst aber ist zum richtigen Verständnis und zur zweckmäßigen Handhabung des § 9 Abs. I No. 2 an der genauen Scheidung dieser beiden Begriffe festzuhalten.

Es bedeutet also in § 9 Abs. I No. 2 die Nichtfortsetzung eines Geschäftsbetriebes die Beendigung des Betriebes mit den

8) deshalb zählt Kohler a. a. O. 216 mit Recht analog auch den Fall unter N 2, daß Waren eingetragen sind, die nicht zum Geschäftsbetrieb gehören.

durch das bestimmte Zeichen geschützten Waren, nicht erst die Beendigung des Geschäftsbetriebes überhaupt.[9]) Dies ist die logische Konsequenz daraus, daß nach dem deutschen Warenzeichengesetz ein Zeichenrecht nur entstehen kann in Verbindung mit ganz bestimmten Warenarten.

II.

Die Folge davon ist, daß die Löschungsklage in bedeutend mehr Fällen zuzulassen ist, als die Praxis und die Theorie in ihren meisten Vertretern annimmt. Das von diesen angegebene Kriterium, wonach es zur Versagung der Löschungsklage genügen soll, wenn nur „der Betrieb in seiner Totalität unbeeinflußt bleibt,“[10]) ganz gleichgültig, ob die eine oder andere der eingetragenen Waren nicht mehr geführt wird, ist nicht durchschlagend und der Struktur des Warenzeichenrechts zuwider. Überdies bedeutete es eine starke Benachteiligung anderer Geschäftstreibender, die dadurch dauernd von dem Gebrauch eines Zeichens ausgeschlossen würden. Zu solch unbilligem Ergebnis kann das Gesetz nicht eine Handhabe bieten. Hat deshalb der Kläger nachgewiesen, daß Beklagter die betreffenden Waren in seinem Geschäftsbetriebe nicht mehr führt und daß es sich dabei nicht bloß um einen vorübergehenden Zustand handelt, so ist der Klage der Erfolg nicht zu versagen. Es ist weiter in dem Falle, daß die Einstellung des Betriebes nur auf einzelne der angemeldeten und eingetragenen Waren sich beschränkt, auch eine Klage auf teilweise Löschung möglich.[11]) Denn ein für mehrere Warenarten an einem Zeichen entstandenes Recht ist eigentlich zu fassen als eine Summe von Einzelrechten, die an dem Zeichen für jede einzelne der eingetragenen Warenarten bestehen. Daraus ergibt sich die rechtliche Zulässigkeit der sogenannten teilweisen Löschung, die eigentlich eine Totallöschung eines selbständigen Rechtes bedeutet, das nur infolge des gemeinsamen Aktes der Anmeldung und Eintragung mit anderen Rechten zusammen schlechthin als ein Recht bezeichnet wird.

9) richtig Kent 206; vgl. RG 15, 105; 30, 1 u. 2. **a. M.** Allfeld 534, Seligsohn 130, Finger 195, Meves II 46, 133, PA im Bl. VII, 44.

10) Seligsohn 130.

11) Richtig Kent 291; **a. M.** Allfeld 534, Seligsohn 130, Rhenius 86, Finger 195, PA in Bl. VII 44.

III.

Einen Schritt zu der Auffassung, daß im § 9 Abs. I No. 2 der Begriff des Geschäftsbetriebes in dem eben aufgestellten engeren Sinne zu nehmen ist, hat Seligsohn gemacht,[12]) indem er zugibt, daß wohl zu erwägen ist, ob es nicht dem Aufgeben des Geschäftsbetriebes gleichkommt, wenn alle oder fast alle bei der Anmeldung aufgezählten Warenarten nicht mehr Gegenstand des Betriebes sind. Und noch etwas weiter geht Allfeld,[13]) der ein Aufhören des Geschäftsbetriebes ohne weiteres darin erblickt, daß die angemeldeten Waren und zwar alle angemeldeten Waren nicht mehr produziert oder vertrieben werden.[14])

Beide Erklärungen bleiben aber auf halbem Wege stehen. Sie stoßen sich an der Annahme einer teilweisen Löschung wohl hauptsächlich deshalb, weil sie das Recht als einheitliches ansehen und die zu Grunde liegende mehrfache Konstruktion verkennen.

IV.

Nichtfortsetzung des Geschäftsbetriebs ist nicht zu verwechseln mit dem Nichtgebrauchmachen von dem Zeichen.[15]) Einen Untergang des Zeichenrechts durch non usus kennt das deutsche Warenzeichengesetz wenigstens im materiellen Sinne nicht. Formeller non usus, d. i. die Nichtbetätigung der Erneuerung des Zeicheneintrags innerhalb 10 Jahren, bildet allerdings nach § 8 Abs. II Ziff. 1 einen Löschungsgrund.

V.

§ 9 Abs. I No. 2 umfaßt zwei Hauptgruppen von Fällen:

1. Die Nichtfortsetzung kann einmal darin bestehen, daß der Geschäftsbetrieb mit den betreffenden Warenarten definitiv aufgegeben ist, d. h. aufgegeben ist mit dem Willen, denselben

12) a. a. O.

13) S. 534.

14) cf. RG 15. 105; 30. 1 u. 2; Kent 291.

15) Letzteres bildet selbst dann keinen Löschungsgrund, wenn die Eintragung nur den Ausschluß eines anderen vom Zeichengebrauch bezweckte. (Allfeld 535. Meves II 134; RG 18. 93; Bolze IV No. 219) freilich nur solange als der Zeicheninhaber die angemeldeten Waren tatsächlich noch führt und dadurch zum Zeichengebrauch tatsächlich noch befähigt ist; cf. Kohler 295. Stockheim 46. unrichtig Dernburg: Preuß. Priv.Recht II 980 No. 3b. richtig Kent 210.

nicht mehr zu beginnen.[16]) Gleichgültig dabei ist, ob diese Einstellung freiwillig geschieht oder im Wege behördlichen Zwanges angeordnet wird.[17]) Bloße Änderungen, z. B. Vergrößerung, genügen nicht, solange nur der Betrieb an sich der gleiche bleibt.[18]) Desgleichen genügt auch nicht eine bloß vorübergehende Einstellung.[19])

Ob ein für den Geschäftsbetrieb bestehender Firmenname geändert oder aufgegeben wird, ist ohne Belang,[20]) wenn nur der Betrieb als solcher bestehen bleibt.

Der Geschäftsbetrieb muß von dem eingetragenen Zeicheninhaber nicht mehr fortgesetzt werden,[21]) sei es nun, daß derselbe das Geschäft aufgibt oder daß er den Betrieb ohne das Recht oder das Recht ohne den Betrieb veräußert.[22]) Denn mit dem Momente der Trennung des Zeichens von dem Betrieb ist für dasselbe die rechtliche Grundlage entzogen.[23]) Anders gelagert ist der Fall, wenn der bisherige Inhaber den Geschäftsbetrieb mit dem Zeichen veräußert hat, der Übergang des Zeichenrechtes aber noch nicht in der Zeichenrolle vermerkt ist. Hier begründet wohl der falsche Eintrag in der Zeichenrolle die Vermutung, daß das Recht nicht auf den neuen Betriebsinhaber mit übergegangen ist und deshalb ist wohl die Möglichkeit einer Klage gegeben. Da aber das Zeichenrecht rechtsgültig schon mit der Übergabe des Geschäftes übertragen werden kann, ohne daß dazu die Änderung der Zeichenrolle erfordert wird, ist in Wirklichkeit gar keine Trennung eingetreten und die Vermutung, die die Zeichenrolle begründet, kann durch nachträgliche Berichtigung widerlegt werden.[24])

16) Zum Beweise des Gegenteils genügt nicht die abstrakte Möglichkeit eines Wiederbeginnes, sondern nur Möglichkeit nach Lage der Sache: Finger 196.

17) Kent 210, Schuloff 9.

18) Kent 207, Schuloff 10, Kohler 127 f. RG I 261.

19) Kent 207; RG XXX 1, XV 105 f, RStr. XXIII 348, RG I 261; Bolze II 335.

20) Kent 209, Meves II 121, Seligsohn 130, Rhenius 86, Paul Schmid 85; RG XI 53; Bolze XI 111. Den Ausführungen Fingers (S. 195) ist nicht beizutreten.

21) Einstellung durch Prokuristen genügt eventuell nicht.

22) cf. Seligsohn 131. Dabei geht das Recht, das vom Betrieb nicht losgelöst sein kann, unter; richtig RG 53, 370 f, falsch Osterrieth 347 Note 2.

23) cf. Kent 207 f.

24) Allfeld 534, Seligsohn 131, RG in Bl. V 254; RG XXXXIV 49, im Bl. V 254, Osterrieth 348; PA im Bl. VII 43.

Die Voraussetzungen des § 9 Abs. I No. 2 wären nur dann gegeben, wenn der Nachfolger den Betrieb nicht fortsetzte.[25])

Vorübergehende Einstellung bei Versterben des eingetragenen Inhabers oder bei dessen Verhinderung an der persönlichen Fortsetzung ist noch nicht als Aufgabe aufzufassen,[26]) sondern erst dann als solche zu qualifizieren, wenn der Erbe oder ein sonstiger Rechtsnachfolger die Weiterführung ablehnt.[27]) Die bloße Behauptung, die Erben seien nicht zu ermitteln, ist an sich noch kein Nachweis der Nichtfortsetzung.[28])

Der Zeicheninhaber ist zur persönlichen Leitung seines Geschäftes nicht verpflichtet. Verpachtung oder Überlassen an einen Geschäftsführer erfüllt deshalb noch nicht den Tatbestand des § 9 Abs. I No. 2,[29]) ebensowenig eine eingeleitete Zwangsverwaltung.

Auch die Konkurseröffnung ist nicht notwendig gleichbedeutend mit einer Einstellung; denn der Betrieb wird durch dieselbe ja noch nicht beendigt, sondern regelmäßig durch den Konkursverwalter auf Rechnung der Masse und damit indirekt des Gemeinschuldners fortgesetzt. Er bleibt rechtlich, solange der Konkurs dauert, immer Betrieb des Kridars, da diesem lediglich die Verfügungsfreiheit im Interesse seiner Gläubiger unterbunden ist.[30]) Abgesehen davon, daß ja der Konkurs durch Einstellung des Verfahrens oder Zwangsvergleich zugunsten des Gemeinschuldners enden kann, ist doch auch bei vollständiger Durchführung des Konkurses möglich, daß der Geschäftsbetrieb mit dem Zeichenrecht durch den Konkursverwalter als Bestandteil der Masse veräußert wird.[31]) Von einer Einstellung des Betriebes kann man also bei einem Konkurse erst dann sprechen, wenn nach erfolgter Liquidation eine Auflösung des Geschäftes eintritt.[32])

---

25) Seligsohn 131, Komm. Ber. 5.

26) Kent 208, Allfeld 533, Finger 195; Komm. Ber. zu § 8. Voigtel bei Busch X 72.

27) Allfeld 533. Komm. Ber. S. 5. PA im Bl. VII 43.

28) Finger 195. Bl. VII 48.

29) Finger 195, Kent 207, Osterrieth 348.

30) cf. Konk.Ordng §§ 132, 134 No. 1.

31) cf. dazu Püttgen Diss. 1906 S. 47. Osterrieth 348.

32) Allfeld 534, Kent 209. RG XV 102; Bolze I No. 1183, VI No. 638, RStr. XIV 64. Paul Schmid 285.

Wie hier hat auch in allen anderen Fällen die Einleitung der Liquidation noch keine Betriebseinstellung zur Folge: erst deren vollständige mit Auflösung verbundene Beendigung bringt diesen Effekt.[33])

2. Trotz des bestimmten Wortlautes des § 9 Abs. I No. 2: „wenn der Geschäftsbetrieb nicht mehr fortgesetzt wird," ist doch hierher weiter der Fall zu zählen, daß der Geschäftsbetrieb überhaupt nicht eröffnet wird. Auch hier genügt es in Analogie zum vorigen Absatz nicht, daß der Beginn nur verzögert wird, sondern es ist der Nachweis der definitiven Unmöglichkeit der Eröffnung erforderlich.[34])

Es ergibt sich das in Consequenz daraus, daß, wie wir oben festgestellt haben, ein Zeichen auch für einen erst zu eröffnenden Betrieb eingetragen werden kann; das dadurch entstehende Schwebeverhältnis ist als ein kurz vorübergehendes gedacht. Steht aber fest, daß der eingetragene Zeicheninhaber überhaupt nicht daran denkt einen Betrieb zu beginnen, so findet § 9 Abs. I No. 2 sinngemäße Anwendung.[35]) Denn die Gründe, die hier für Beseitigung des Eintrags sprechen, sind genau dieselben wie diejenigen, die einer Löschung bei nachträglicher Nichtfortsetzung zu Grunde liegen: Unmöglichkeit der Trennung des Zeichens von dem Geschäftsbetrieb. Die Ansicht Seligsohns,[36]) daß in diesem Falle § 8 Abs. II No. 2 anzuwenden sei, daß also Löschung von Amtswegen stattzufinden habe, da die Eintragung hätte versagt werden sollen, ist nicht richtig, da der Nichtbeginn des Betriebes kein Versagungsgrund ist, § 8 Abs. II No. 2 aber ausschließlich derartige Fälle umfaßt.[37]) Ob die Löschungsklage, wie Kent es verlangt,[38]) bei Nichtbeginn des Geschäftsbetriebs durch den ersten Zeicheninhaber auch gegen dessen eingetragenen Rechtsnachfolger zulässig sein soll, selbst wenn dieser für seine Person den Geschäftsbetrieb begonnen hat, mag zweifelhaft sein. Ich würde die Frage verneinen.

33) cf. Kent 210, Meves II 120, Finger 195, RG XXVIII 132, XVI 2, Bolze III 784.
34) cf. RG 67, 352.
35) Allfeld 534, Kent 210, gew. Rschtz IV 53.
36) S. 130; cf. PA im Bl. VII 44.
37) Allfeld 534, Kent 210, Rhenius No. 3, Dernburg: Preuß. Priv. Recht II S. 980 No. 3b.
38) S. 210.

VI.

In allen Fällen trifft den Kläger die Beweislast für seine klagbegründende Behauptung, daß der eingetragene Zeicheninhaber seinen Geschäftsbetrieb bezüglich der eingetragenen Warenarten nicht mehr fortsetzt oder nicht beginnt. Diese Situation ist zwar für den Kläger häufig sehr schwierig, da der Beweis in der Mehrzahl der Fälle wohl nicht leicht zu erbringen ist. Diese Schwierigkeiten berechtigen aber nicht dazu einem Gegenbeweis hier das Wort zu reden oder mit Vermutungen zu operieren, die sich für den Kläger aus einer längeren Unterbrechung des Betriebes ergeben sollen, wie Seligsohn annimmt.[39]) Nach ihm müßte der Kläger nur darüber den Beweis erbringen, daß Beklagter längere Zeit hindurch den Betrieb nicht fortgesetzt habe, während dann dem Beklagten zur Last fallen solle, darzutun, daß die Einstellung trotz der vielleicht widersprechenden längeren Sistierung nur eine zeitweilige sei. Dieser Auffassung gegenüber betonen Allfeld[40]) und Finger[41]) mit Recht, daß der Kläger auch die Umstände darzutun habe, die für eine definitive Einstellung sprächen, und zwar deshalb, weil die Geltendmachung der Tatsache, die Einstellung sei nur eine zeitweilige, nicht als Einrede aufzufassen sei sondern lediglich als Bestreitung des vom Kläger vorgebrachten Klaggrundes.

VII.

Zu § 9 Abs. I No. 2 sieht das Gesetz im 5. Absatz ein eigentümliches abgekürztes Verfahren vor, das Zweckmäßigkeitsgründen entspringt.[42]) Da in der Mehrzahl der Fälle, in denen ein Löschungsgrund wegen Aufgabe des Geschäftsbetriebes vorliegt, der noch eingetragene Zeicheninhaber an einer Verweigerung der Löschung kein Interesse hat und deshalb auf gütliche Aufforderung wohl die erforderliche Löschungsbewilligung geben wird, so ist eine Erleichterung insofern geschaffen, als der Löschungskläger vor Anstellung der Klage beim Patentamt einen Antrag auf Löschung einbringen kann; von diesem Antrage gibt das Patentamt dem eingetragenen

39) S. 131 f; ähnlich Paul Schmid 86. 15, 105; 30, 1; RStr 23, 348.
40) Allfeld 535.
41) Finger 206.
42) vergl. dazu die Kommentare. Motive S. 15, Bl. I 35.

Zeicheninhaber Kenntnis mit der Aufforderung bei mangelndem Einverständnis mit der Löschung binnen Monatsfrist — von der Zustellung an gerechnet — Widerspruch zu erheben. Läuft nun beim Patentamt kein Widerspruch ein, so erfolgt kurzweg die Löschung; andernfalls wird dem Löschungskläger anheimgegeben seinen Löschungsanspruch im Klagweg zu verfolgen. Die praktische Bedeutung dieser Bestimmung leuchtet ohne weiteres ein. Zu bemerken ist, daß dieser Absatz 5 nur die Möglichkeit zu einem solchen Verfahren gibt, aber für den Kläger keine Pflicht dem Zeicheninhaber gegenüber begründet, diesen Weg zu wählen. Deshalb ist der unmittelbar mit Klage belangte Zeicheninhaber auch nicht in der Lage dem Klagebegehren einen Einwand aus § 9 Abs. V entgegenzusetzen.[43])

Allerdings kann das Gericht dem Kläger nach § 148 ZPO nahelegen, dieses gütliche Mittel zu versuchen; die Befolgung dieser Anregung jedoch steht auch hier vollständig im freien Belieben des Klägers.[44]) Die Nichtbefolgung kann lediglich für die Kostenfrage von Einfluß sein.[45])

Diese Antragsmöglichkeit des Dritten beim Patentamt ist ein selbständiges rechtliches Gebilde und mit der in § 8 vorgesehenen Löschungsanregung nicht zu verwechseln. Der Dritte ist im Falle des § 9 Abs. V Partei und es steht ihm deshalb auch das Beschwerderecht nach § 10 zu.[46])

### γ. Die Löschungsklage beim Vorliegen einer in dem Widerspruch des Zeichens mit den tatsächlichen Verhältnissen begründeten Täuschungsgefahr. (§ 9 Abs. I No. 3).

I.

Der Wortlaut des § 9 Abs. I No. 3 wird von Allfeld[1]) in treffender Weise dahin präzisiert, daß „das Zeichen seinem Inhalte nach in einer die Gefahr einer Täuschung begründenden Weise den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechen" muß, wenn die Löschungsklage gegeben sein soll.

43) Allfeld 541, Finger 209.
44) Finger 204, Seligsohn 137, Kent 192.
45) Allfeld 541, Kent 192.
46) Allfeld 541. PA im Bl. VII 284.
1) S. 535.

Erfordert ist also, daß beide Umstände, der Widerspruch des Zeichens mit den tatsächlichen Verhältnissen und die Täuschungsgefahr vorliegen[2]) — es genügt nicht, daß eine der beiden Voraussetzungen nachgewiesen wird — und weiter, daß die Täuschungsgefahr ihre Ursache eben in diesem Widerspruch hat.

Die Vorschrift des § 9 Abs. I No. 3 ist hauptsächlich im öffentlichen Interesse gesetzt; die Öffentlichkeit berührt es aber nicht, wenn ein Zeichen inhaltlich unwahr ist, solange eine solche Bezeichnung nicht irreführend und damit schädigend wirken kann. Andererseits ist aber nur einer solchen Täuschungsgefahr entgegenzutreten, die bei der Allgemeinheit oder wenigstens einem größeren Kreise der Allgemeinheit aufzutreten geeignet ist, wie dies nur aus der Vorspiegelung falscher Tatsachen durch den Inhalt eines Zeichens voraussichtlich geschehen kann.

II.

Der § 9 Abs. I No. 3 ist im Zusammenhange mit § 4 No. 3 zu behandeln. Beide sprechen von einem Widerspruch des Zeichens mit den tatsächlichen Verhältnissen und einer darin liegenden Täuschungsgefahr. § 4 No. 3 enthält jedoch die weitere Einschränkung, daß zur Versagung der Eintragung und entsprechend zu einer allenfallsigen amtsmäßigen Löschung nach § 8 Abs. II No. 2 die beiden Voraussetzungen z. Zt. der Eintragung ersichtlich gewesen sein müssen.[3]) Das Moment der Ersichtlichkeit muß dabei inbezug auf beide Voraussetzungen vorhanden sein. Dabei soll durch das Aufstellen des Erfordernisses der Ersichtlichkeit nicht ausgedrückt werden, daß die Unrichtigkeit und Täuschungsgefahr geradezu auf der Hand liegen müssen, sondern es wird dadurch nur die Art der Vorprüfung des Patentamtes dahin bestimmt, daß dasselbe nicht eben besonders eingehende Untersuchungen über die in Frage stehenden Punkte anzustellen braucht.[4])

2) Allfeld 535, Seligsohn 131, Finger 196, Kent 213. Komm. Ber. S. 5; Bl. I 46.

3) cf. die Kommentare zu § 4.

4) ebenso Seligsohn 95; PA im Bl. II 91, V 40, VIII 231. Etwas mehr verlangt Kent 211; richtig Allfeld 489. cf. Stenogr.Ber. S. 2158 f.

Aus dem Dargestellten ergibt sich, daß bei derartigen den § 4 No. 3 und § 9 Abs. I No. 3 berührenden Fällen folgende zwei Gruppen zu unterscheiden sind:

1. Solche Fälle, bei denen das Vorliegen der Unrichtigkeit und der Täuschungsgefahr z. Zt. der Eintragung schon ersichtlich war und dann

2. alle übrigen Fälle, sei es nun daß die beiden Mängel schon von vornherein vorlagen aber nur nicht ersichtlich waren, oder aber daß sie erst später auftraten.[5])

Diese Trennung ist für die Zulässigkeit der beiden Verfahrensarten bei der Löschung bedeutsam. Denn während die amtsmäßige Löschung nur bei den Fällen unter 1 eingreifen kann, ist die Löschungsklage ausnahmslos bei sämtlichen unter 1 u. 2 fallenden Fällen gegeben, ganz gleichgültig, wann die beiden Voraussetzungen eingetreten sind und ob Ersichtlichkeit zu irgend einem Zeitpunkte vorlag oder nicht.[6]) Der Wortlaut des § 9 Abs. I No. 3 ist nicht anders zu deuten. Zur Anstellung der Löschungsklage ist erforderlich und genügend, daß die betreffenden Umstände zur Zeit der Klagerhebung vorliegen[7]) und zwar reicht die objektive Tatsache des Vorhandenseins aus, bona oder mala fides des Zeicheninhabers sind ohne Belang.[8])

## III.

Es bleibt noch der Inhalt und Umfang der durch § 9 Abs. I No. 3 getroffenen Fälle im allgemeinen zu erläutern.[9])

Der dem § 9 Abs. I No. 3 zu Grunde liegende Tatbestand verlangt also als unbedingt erforderliche Momente einmal, daß der Inhalt des Zeichens den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht und zum zweiten, daß in dieser Unrichtigkeit die Gefahr einer Täuschung begründet ist.

5) Allfeld 535 f, Meves II 130, Seligsohn 131 f, Kent 212.

6) Allfeld 535, Seligsohn 131, Finger 196, 198; cf. Motive S. 15; Schanze im gewerbl. Rschtz II 173; die Praxis steht auf demselben Standpunkte. a. M. Kent 211, der beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 4 No. 3 eine Klage auf Löschung nicht zulassen will; richtig Osterrieth S. 357.

cf. Biberfeld bei Gruchot 41 S. 338 ff; Bl. I 34 f, V 21; VI 78.

7) Seligsohn 131, Finger 198, Rhenius 87, Seligsohn 132, RG im Bl. X 367. OLG Dresden im Bl. VI 74.

8) Allfeld 489, Seligsohn 90, Bl. VI 208.

9) Theorie und Praxis gehen hier in ziemlich einheitlicher Entwicklung, so daß eine kurze Skizzierung genügen mag; ich folge dabei im großen und ganzen den präzis zusammenfassenden Ausführungen Allfelds.

1. In ersterer Beziehung ist zu bemerken:

Es muß stets eine „innere Unwahrheit des Zeichens im Verhältnis zur Ware“ vorliegen.[10]) Es genügt deshalb nicht, wenn die Eintragung als solche mit den Verkehrsanschauungen in Widerspruch steht; insbesondere ist nach der Rechtssprechung des RGerichts nicht ausreichend zur Klagbegründung, daß der Kläger das Zeichen früher benutzte, oder daß er es als Ausstattung seiner Waren führte.[11]) Ferner fällt der Fall nicht unter unsere Bestimmung, wenn ein Freizeichen für eine Ware eingetragen ist, welcher im übrigen die Bezeichnung entspricht.[12]) Eine „innere Unwahrheit“ liegt vor, wenn die Angaben des Zeichens Beziehungen zur Ware aufstellen oder vermuten lassen, welche in Wirklichkeit nicht vorhanden sind. Dabei ist hier unter Angabe nach der Bestimmung des Patentamtes[13]) nicht jedes Merkmal zu verstehen, das in irgend einem Beschauer die Vorstellung von dem Vorhandensein bestimmter Tatsachen zu erwecken vermag, sondern nur ein solches, welches auch bei Personen, die es bis dahin nicht kannten und die den einschlägigen Handelsverhältnissen ferne stehen, eine bestimmte Vorstellung über die obwaltenden tatsächlichen Verhältnisse erweckt; dabei kommt es nicht auf die Ansicht einzelner Personen oder kleinerer Kreise an, sondern auf die durchschnittliche Meinung der Kreise, in denen die Ware abgesetzt wird.[14])

Als Angabe und Merkmal ist jegliche Darstellung zu betrachten, mag dieselbe durch Wort oder Bild ausgedrückt sein.[15]) Es muß nur bei bildlicher Darstellung zwischen Bild und Ware eine offensichtliche Beziehung bestehen.[16])

---

10) Allfeld 535, Finger 197, Bl. IV 201, V 21. RG XL 94; Bl. IX 11, X 12. Osterrieh S. 310, 356.

11) Allfeld 535 f, Seligsohn 132. RG 44, 13; RG im Bl. VI 216 u. 292, u. Bl. V 19 u. 152, a. M. Kohler in R. u. U. II S. 198 § 1, 2 Fall S. 200, Mittler: Illoyale Konkurrenz u. Markenschutz 11 f.

12) Allfeld 536, Seligsohn 132. RG in jur. Woch. 1897 S. 16. RG 38, 77, a. M. Freund 331.

13) Allfeld 484, Finger 119; Bl. IV 34.

14) Seligsohn 91, Finger 197; Bl. VI 376, 204; cf. Bl. VI 34. Osterrieth S. 312.

15) Allfeld 484, Finger 119, Seligsohn 91, Kent 112, Mittler 30; Bl. I 234, 274, 311, II 91, IV 35, VI 397, a. A. Landgraf No. 13a.

16) Allfeld 484, Seligsohn 92.

Immer aber muß die irreführende Angabe in der Darstellung des Zeichens zu finden sein, weshalb es nicht ausreicht, daß außerhalb des Zeichens Umstände vorliegen, die in irgend einer Verbindung mit dem Zeichen oder mit der Tatsache seiner Eintragung eine Irreführung ermöglichen.[17]) Dem widerspräche der bestimmte Wortlaut des § 9 Abs. I No. 3. Die durch die Erfahrung der Käufer und durch Reklame gebildeten Anschauungen sind nicht als außerhalb des Zeichens liegende Umstände anzusehen; denn auch für die Frage, welchen Inhalt ein Zeichen habe, ist maßgebend die Gewöhnung des Publikums und das, was das Publikum auf Grund dieser Gewöhnung in einem Zeichen sieht.[18])

Die irreführenden Abgaben nun können sich auf die verschiedensten Momente beziehen: auf die Ware selbst, also auf Preis-, Mengen-, Gewichtsverhältnisse, Wert, Beschaffenheit, Herkunft,[19]) oder auf den Urheber der Ware, — bei falscher Namen- und Firmenangabe[20]) und Vortäuschung nicht vorhandener Eigenschaften[21]) — oder auf sonstige Umstände, z. B. auf die Art des Geschäftsbetriebes.[22])

Anzufügen ist, daß unter die „tatsächlichen" Verhältnisse auch Rechtsverhältnisse fallen, wie Bestehen eines Rechtsschutzes für die Ware.[23])

Auf einzelne Beispiele und Entscheidungen ist hier nicht einzugehen; ich muß auf die einschlägigen Stellen der Kommentare verweisen.

Die Angaben selbst brauchen nicht gerade objektiv unrichtig zu sein. Sie können, auch wenn sie an und für sich richtig sind, den tatsächlichen Verhältnissen vom Standpunkt des Konsumenten aus nicht entsprechen.[24]) Als Hauptbeispiel

17) Allfeld 485, Seligsohn 91, Finger 197; RG 54, 126, Bl. X 367.

18) Allfeld 485, Finger 197; RG in Bl VI 294, RG 40, 94; über die Bedeutg der Zweckbestimmg cf. RG 96, 236.

19) cf. Allfeld 485 und die dort zitierten Entscheidungen, Seligsohn 91, Kent No. 166, Meili in R. u. U. I 359. Osterrieth S. 312 f.

20) Kohler 157, Seligsohn 95. Kohler in R. u. U. II 126 ff, III 197 ff; PA in Bl. VI 204, 357, VII, 46, 203, X 349, 228, III 246, VII 50, VIII 231, II 91, 365.

Die Einwilligung des Namen- oder Firmeninhabers kann den Fehler nicht heilen, da ein öffenliches Interesse in Mitte steht.

21) Seligsohn 95; Bl. VIII 53.

22) Bl. III 244, IV 33.

23) Allfeld 488, Seligsohn 91, 92; Bl. VI 204, 376.

24) cf. Seligsohn 91.

diene hier der Hinweis auf die Möglichkeit der Aufnahme fremdländischer Ausdrücke in ein von einem Deutschen angemeldetes und für ihn eingetragenes Zeichen. Man muß sich zwar hüten in der fremden Sprache stets einen Hinweis auf die Herkunft der bezeichneten Waren zu erblicken — das schließen schon die Gewohnheiten des internationalen Handelsverkehrs aus, — aber trotzdem wird es Fälle geben, in denen man bei Hinzutreten der Täuschungsgefahr das an und für sich nicht direkt unrichtige Zeichen als den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechend behandeln muß.[25]) Soviel von dem Widerspruch des Inhalts des Warenzeichens mit den tatsächlichen Verhältnissen.

2. In dem Widerspruch muß eine Täuschungsgefahr begründet sein.[26]) Eine solche Gefahr ist dann als vorhanden anzunehmen, „wenn die bisherigen Erfahrungen es als wahrscheinlich hinstellen, daß die beteiligten Verkehrskreise über ein erhebliches Moment irre geführt werden können; daß eine Täuschung bereits vorgekommen ist, ist nicht erforderlich."[27]) Es kann jedoch der Umstand, daß eine Täuschung bei unverändertem Fortbestehen derselben Verhältnisse bisher noch nicht eingetreten ist, für die Beurteilung, ob man Täuschungsgefahr anzunehmen hat, von Bedeutung sein.[28])

Offensichtlich übertriebene Reklameanpreisungen[29]) werden vom Publikum zweifellos auf ihren wahren Wert eingeschätzt, sodaß eine Täuschungsgefahr bei ihnen kaum gegeben ist.[30])

Maßgebend für das Vorliegen einer Täuschungsgefahr ist die Beurteilung vom Standpunkte des konsumierenden Publikums,[31]) so daß, wenn auch eine Irreführung der — geschäftlich doch gewandteren — ersten Abnehmer und Zwischenhändler als ausgeschlossen zu betrachten ist, die Frage damit sich doch noch lange nicht in verneinendem Sinne erledigt.

25) Seligsohn 92, Allfeld 484, 486 und die dort zitierten Entscheidungen, cf. Osterrieth 314.

26) cf. die Kommentare; Osterrteth S. 312 f.

27) Allfeld 535.

28) Allfeld a. a. O. R. u. U. III 21.

29) wie „non plus ultra," „unerreicht."

30) Allfeld 489, Seligsohn 92, PA im Bl. I 314; Osterrieth 312, a. M. in Ztschrft f. Industrieschtz 1892 Hft 8 S. 33.

31) Allfeld 490, Seligsohn 92, Allfeld 484, Finger 197, 207, RG 30, 91; 40, 95; Bl. I 274, 311, IV 135, 207, VI 376, VII 249.

Bei der Entscheidung können auch außerhalb des Zeichens selbst liegende Umstände in Betracht gezogen werden, sofern sie über die Anschauung der Konsumenten Aufschluß zu geben geeignet sind.[32])

Der Umstand, daß das Publikum der Täuschung durch Aufmerksamkeit des Verkäufers entgehen kann, ist bedeutungslos, solange trotzdem noch eine objektive Gefahr besteht;[33]) denn wie oben schon erwähnt, muß die Täuschung nur objektiv zu erwarten oder wahrscheinlich sein; es kommt deshalb auch auf irgend welche Absicht des Zeicheninhabers nicht an.[34]) Desgleichen ist die direkte Gefahr einer Schädigung für den Einzelfall nicht erforderlich;[35]) es genügt vielmehr, daß im allgemeinen eine derartige Irreführung geeignet ist, Schädigungen des Publikums herbeizuführen. An diesem Erfordernis der allgemeinen Schädigungsgefahr ist festzuhalten; denn der § 9 Abs. I No. 3 hat nur darin seinen rechtspolitischen Grund; und dieser Gedanke wird praktisch um so besser verwirklicht werden können, wenn der Gesetzgeber von einer direkten Gefahr der Schadenszufügung im Einzelfall absieht.

Eine früher vorhanden gewesene, nun aber weggefallene Täuschungsgefahr ist nicht geeignet den Tatbestand des § 9 Abs. I No. 3 zu erfüllen.[36])

32) Seligsohn 92, Finger 207, PA im Bl. VII 178, RG 40, 91; 54, 126. RG im Bl. V 89.

33) Finger 197, Bl. IV 217; RG 40, 94.

34) Allfeld 490, Landgraf 32, Bl. VI 208. Osterrieth 312.

35) Allfeld a. a. O., PA im Bl. I 275.

36) Allfeld 490, Seligsohn 93, PA im Bl. VIII 255.

## 3. Kapitel.

### Die Löschungsklage.

#### a. rechtliche Natur.

I.

Die Löschung des Warenzeichens nach § 9 des Gesetzes erfolgt, abgesehen von den Fällen, in denen der Zeicheninhaber auf die Aufforderung des Dritten freiwillig den Löschungsantrag beim Patentamt stellt[1]) oder Löschungsbewilligung erteilt,[2]) regelmäßig auf Grund eines auf erhobene Löschungsklage erlassenen rechtskräftigen Urteils. Selbständige Klage und unter den Voraussetzungen des § 33 ZPO angebrachte Widerklage stehen dabei einander gleich.[3]) Einredeweise kann der Löschungsanspruch dagegen nicht geltend gemacht werden.[4])

II.

Während nun die Klage nach § 9 Abs I No. 1 in ihren Voraussetzungen sich von sonstigen Zivilklagen nicht unterscheidet, — die Aktivlegitimation stützt sich auf ein Privatrecht des Klägers oder doch wenigstens auf eine durch Eintrag in die Zeichenrolle begründete unangegriffene oder unwiderlegte Vermutung — ist die Klage in den übrigen Fällen des § 9 eine ganz eigene prozessuale Erscheinung, die zumeist als Popularklage qualifiziert wird.[5]) Das wesentliche Moment bei dieser Qualifikation ist der Umstand, daß es zur Aktivlegitimation des Nachweises eines Rechtes, einer Rechtsvermutung, ja sogar eines besonderen Interesses nicht bedarf. Die Rücksicht auf

1) Seligsohn 129, Schanze im sächs. Arch. III 137.
2) Kent 192, Schanze gew. Rschtz II 171 f, Seligsohn 128.
3) Finger 209 etc.
4) Seligsohn 135, P. Schmid 87, Motive S. 15 u. a. cf. RG 53, 434.
5) Allfeld 538, Kent 193, Seligsohn 133; cf. Kohler Pat. R. No. 189; Biberfeld in Gruchots Beitr. 41 S. 361; anders Meves II 132, Stenglein II § 9 No. 1.

die Öffentlichkeit, auf die Sicherheit des Verkehrs ist es, die jedem beliebigen Dritten das Mittel an die Hand gibt den mit der tatsächlichen rechtlichen Lage nicht übereinstimmenden schädlichen Zustand auf dem Klagewege zu beseitigen; eine Privatperson wird hier sozusagen zum Anwalt der Allgemeinheit. Das regelmäßig wohl vorliegende private Interesse des Klägers, der wohl in den seltensten Fällen die mit einer Klage verbundenen Mühen und Kosten aus purem Altruismus auf sich nehmen wird, kann an der rechtlichen Beurteilung nichts ändern. Die Popularklage ist keine Interessenklage in dem typischen zivilprozessualen Sinne; jeder beliebige Dritte ist ohne jede weitere Voraussetzung zu ihrer Anstellung legitimiert. Eine einzige Ausnahme wird dabei wohl für die sogenannten vorgeschobenen Personen[6]) zu machen sein, d. h. für solche Personen, die nicht aus eigener Initiative sondern im Interesse eines anderen mit Klage vorgehen. Im übrigen aber hat jeder Dritte uneingeschränkte Klagmöglichkeit; dabei kommt es vornehmlich auch nicht auf die Staatsangehörigkeit an; Ausländer sind Inländern vollständig gleichgestellt,[7]) ohne Rücksicht auf § 23 des Gesetzes. Der Kläger braucht auch weder zu beweisen, daß er selbst das Zeichen benützen wolle, oder daß er die betreffenden Waren in seinem Geschäftsbetriebe führe, noch daß er überhaupt einen Geschäftsbetrieb habe, daß er Gewerbegenosse des Beklagten sei oder daß aus dem fremden Gebrauch für ihn ein Schaden erwachse. Lediglich die Rechtspersönlichkeit, natürliche oder juristische, ist Voraussetzung für diese Klage.

III.

Nach dem Inhalt des Klaganspruchs wird die Löschungsklage allgemein richtig als Leistungsklage aufgefaßt und behandelt.[8]) Daß daneben unter den Voraussetzungen der Zivilprozeßordnung auch eine entsprechende Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Zeichenberechtigung vorkommen kann, ist aus allgemeinen prozessualen Grundsätzen und in Erwägung der rechtlichen

6) cf. Kent 193ff.

7) Allfeld 538, Seligsohn 134, Rhenius 84, Bolze V No. 1076; a. A. OLG Hamburg im gew. Rschutz 2, 28, Biberfeld bei Gruchot 41, 364.

8) cf. Allfeld 539, Finger, Seligsohn, Rhenius, Kent a. a. O. A. A. Hellwig in Anspruch u. Klagrecht S. 461, der die Löschungsklagen zu den Klagen auf Erlaß konstitutiver Urteile rechnet.

Natur der Löschung nicht zweifelhaft,[9]) wenn auch praktisch eine solche Klage in Anbetracht der Beweisfunktion des Zeicheneintrags nur geringe Bedeutung hat und deshalb wohl kaum verwertbar sein wird. Die Voraussetzungen einer solchen Feststellungsklage aber bestimmen sich lediglich nach § 256 ZPO.

Das feststellende Moment, das ein auf Löschungsklage ergangenes Urteil enthält, nämlich die Konstatierung des Mangels einer Zeichenberechtigung des Beklagten, hat dieses mit allen sogenannten Leistungsklagen gemein; dasselbe bildet aber lediglich die Grundlage, auf die der Löschungsanspruch, ein Leistungsanspruch, sich stützt, und nimmt nicht an der Rechtskraft des Urteils teil.

IV.

Die Frage nun, worauf die durch Klage begehrte Leistung geht, die Frage also nach dem begehrten Leistungsinhalt, ist in Anbetracht der verschiedenen Modifikationen, die hinsichtlich der persönlichen Teilnahme an der Löschung möglich sind, verschieden beantwortet.

Während Finger[10]) annimmt, der Klagantrag gehe auf Löschung in dem Sinne, daß das Gericht tätig werden müsse durch Anordnung der Löschung, also durch selbständiges Auftreten gegenüber dem Patentamt ohne Rücksicht auf die Absicht und den Willen der obsiegenden Partei, — eine Auffassung, die aus den Motiven des § 9 Abs. I No. 2 u. 3 erklärt dem Interesse der Öffentlichkeit wohl am meisten entspräche, andrerseits aber wegen der Verkennung der zivilprozessualen Grundlagen der Löschungsklage von der Hand zu weisen ist — ist es nach der überwiegenden Ansicht der Theorie und namentlich auch der Praxis eine Handlung des Beklagten, die durch das Urteil herbeigeführt werden soll.

Diese Handlung hat nach Biberfeld[11]) in der Anbringung des Löschungsantrags seitens des Beklagten beim Patentamt zu bestehen, während nach anderer Ansicht nicht die Antrags-, sondern die Bewilligungsverpflichtung des Beklagten zur

9) ebenso Finger 210, Rhenius 85, anderer Ansicht Kent 202.

10) S. 209.

11) a. a. O. bei Gruchot.

Grundlage gemacht wird.[12]) Letzteres steht im Einklang mit dem Wortlaut des Gesetzes; denn § 9 spricht dem klagenden Dritten den Löschungsantrag zu, so daß die vom Gegner abzugebende, durch Klage verlangte Willenserklärung nur in einer Bewilligung bestehen kann. Das ergibt sich, nachdem der Gesetzgeber in den Fällen des § 9 einen amtsmäßigen Weg nicht eingeschlagen hat, aus allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen; es kann eben ein privates Recht nur dann untergehen, wenn entweder der Berechtigte dazu selbst die Initiative ergreift oder zum mindesten einer anderweitigen vertretbaren Willensäußerung zustimmt, d. h. die durch jene beabsichtigte Rechtsänderung bewilligt. Die Bewilligung selbst wird nach § 894 ZPO durch eine auf Abgabe derselben erfolgte Verurteilung ersetzt.

Es steht nun selbstredend auch nach erfolgter Verurteilung zur Abgabe dieser Bewilligungserklärung nichts im Wege, daß der Verurteilte selbst auch den Antrag beim Patentamt nach § 81 anbringt und damit die Löschung als Löschung außerhalb des Zwangsweges herbeiführt.[13]) Das regelmäßige, dem Urteil folgende Verfahren jedoch besteht darin, daß der obsiegende Teil beim Patentamt den Löschungsantrag stellt unter Vorlage der durch das rechtskräftige Urteil ersetzten Löschungsbewilligung des Gegners. Aus der Natur des Urteils, das als Zivilurteil bezüglich der Vollstreckung den allgemeinen Grundsätzen der Zivilprozeßordnung unterliegt, ergibt sich, daß der siegreiche Kläger auch nach erfolgter rechtskräftiger Verurteilung noch auf die Durchsetzung der Löschung verzichten kann, ferner daß eine Inanspruchnahme des Urteils durch eine andere Person als den Kläger nicht zulässig ist.

### b. sonstige prozessuale Fragen.

#### I.

Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach der allgemeinen Regel; eine Zeichenrechtsverletzung ist nicht als unerlaubte Handlung im technischen Sinne zu fassen. Sachlich

12) Seligsohn 134, Rhenius 86, Kent 196, Allfeld 539; Bl. 6, 251: „Verurteilg des Beklagten geschehen zu lassen, daß das Zeichen gelöscht wird."

13) cf. Seligsohn 129, Schanze im sächs. Archiv 3, 137, Kent 192.

zuständig sind beim Landgerichte die Kammern für Handelssachen.[1])

II.

Die Frage der Aktivlegitimation[2]) ist oben schon behandelt. Die Voraussetzung der Prozeßfähigkeit ist nach ZPO zu beurteilen. Im Konkurse ist auch der Konkursverwalter klagberechtigt (§ 6 KO).[3])

III.

Beklagter ist im Prozeß, wer beim Beginn der Rechtshängigkeit als Zeicheninhaber eingetragen ist, auch wenn er nicht der materiell Berechtigte ist.[4])

Von diesem Erfordernis stellt § 9 Abs. III des Gesetzes eine einzige Ausnahme auf:

Zur Verfolgung des Rechtsstreits gegen die Erben des Zeicheninhabers ist deren vorgängige Eintragung in die Zeichenrolle nicht erforderlich, sondern es genügt, daß der Erblasser noch eingetragen steht; dabei macht es keinen Unterschied, ob die Erben auf Grund Gesetzes oder Verfügung von Todeswegen berufen sind. Gegen bloße Vermächtnisnehmer und Pflichteilsberechtigte aber hat die Bestimmung des § 9 Abs. III keine Wirkung.[5])

IV.

Über Streitverkündung und Intervention gelten die Vorschriften der RZPO.[6])

V.

Rechtshängigkeit wird nur durch ein vor einem Gericht eröffnetes Verfahren begründet.[7])

VI.

An Einreden sind nach dem von mir oben vertretenen Standpunkte möglich und zuzulassen einmal diejenigen, die allgemeine Rechtsgrundsätze betreffen, wie Mangel der Rechts- und Parteifähigkeit, der Vertretungsmacht etc., ferner aber auch alle die Einreden, die sich gegen die Rechtsgültigkeit der

1) Allfeld 538, Seligsohn 134, Finger 205.
2) cf. Rhenius 84, Seligsohn 134, Allfeld 538; Biberfeld bei Gruchot 41, 364.
3) Finger 208.
4) Allfeld 539, Finger 207, Seligsohn 133, Kent 194.
5) Seligsohn 133, Finger 207.
6) cf. Allfeld 540, Seligsohn 136, Finger 208, Kent 195.
7) cf. Kent 206.

Eintragung des klägerischen Zeichens richten, also sich als Einreden gegen das Recht und aus dem Recht qualifizieren. Dabei macht es an und für sich keinen Unterschied, auf welche Gründe dieser Mangel im Recht sich stützt, ob auf § 8 oder 9 des Gesetzes. In praxi jedoch wird das Gericht im Interesse des rechtlichen Verkehrs sich jedenfalls darüber schlüssig zu werden haben, welchen Einreden durch Aussetzung stattzugeben ist und welchen nicht. Diese Entscheidung wird je nach den Unterlagen der Einreden zu fallen haben.

Über die Einreden siehe Ausführliches in den Kommentaren [8])

VII.

Verzicht auf Klage ist möglich, er liegt aber nicht schon in der Nichtanstellung der Löschungsklage während längerer Zeit.[9])

Eine Verjährung findet nicht statt; [10]) solange der Eintrag besteht, besteht eben auch die Kollision.

VIII.

Auch bezüglich der Rechtskraft gelten die allgemeinen prozessualen Grundsätze.

---

8) Finger 209, Seligsohn 129, 101, RG 51, 263, Allfeld 533, Kent 205; Bl. 1, 312; 4, 36.

9) Allfeld 539.

10) Allfeld 540, Kent 202, Meves 135, OLG Hamburg in Rechtsschutz u. Urh. R. III 153; RG in Bl. V 150, Landgraf No. 3, Rhenius No. 2.